

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE DROIT
DES GENS MARIÉS
en Auvergne

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le Mercredi 15 Janvier 1908, à 1 heure

PAR

M. Charles AUGÉE

SOUS LA PRÉSIDENTE DE M. CHENON

SUFFRAGANTS

GARRON.

LESEUR.



CLERMONT-FERRAND

IMPRIMERIE MODERNE, A. DUMONT, DIR.
15, rue du Port

1908

LE DROIT
DES GENS MARIÉS
en Auvergne

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

THÈSES DE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses,
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE DROIT DES GENS MARIÉS

en Auvergne

THESE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

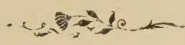
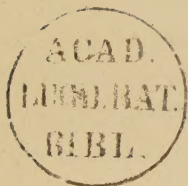
Le Mercredi 15 Janvier 1908, à 1 heure

PAR

M. Charles AUGÉE

SOUS LA PRÉSIDENCE DE M. CHENON

SUFFRAGEANTS { GASSON.
LESEUR.



CLERMONT-FERRAND

IMPRIMERIE MODERNE, A. DUMONT, DIR^r
15, rue du Port

1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

AVANT-PROPOS

L'ancienne Auvergne, nous disent les géographes, était bornée au nord par le Bourbonnais, à l'est par le Forez, au sud par le Rouergue, au sud-ouest par le Quercy, à l'ouest par le Limousin et la Marche. « Dès qu'elle eut cessé, vers la fin du x^e siècle, d'obéir au duc d'Aquitaine, l'Auvergne se partagea en cinq ou six fiefs principaux : le Duché d'Auvergne, capitale Riom ; le Comté d'Auvergne, capitale Vic-le-Comte ; le Dauphiné d'Auvergne, capitale Vodable, et plus tard Issoire ; le Comté de Clermont, propriété des évêques depuis Charlemagne ; le Comté de Carlat et la Seigneurie de Murat » (1).

Sans étudier en détail les limites de chacun de ces petits Etats, qu'il nous suffise de constater que la province d'Auvergne était d'une très grande étendue et qu'elle comprenait une partie du pays qui, quelques siècles avant la rédaction de la Coutume, a formé le Bourbonnais. C'était donc encore au xvi^e siècle une magnifique province qui, grâce à sa position au cœur même du pays, et quoique ayant souffert parfois de cruelles destinées, avait été moins durement éprouvée que le reste du pays par

(1) P. Joanne. Dictionnaire géographique et administratif de la France et de ses colonies.

l'installation des barbares et le règne de la féodalité. Située au centre de la France, elle avait, au Midi, le spectacle de la civilisation romaine ; du Nord elle recevait les notions de forte organisation coutumière. Et voilà pourquoi, par suite de ces deux influences en apparence contradictoires, si on se place au point de vue purement juridique, il faut répéter la phrase de Beaumanoir, constatant avec amertume, dans son prologue : « Qu'on ne pourrait
« pas trouver, el royaume de France, dans Chas-
« teleries qui de toz cas uzassent d'une meisme
« coustume » (1). Evidemment, la rédaction de la coutume en 1510 a produit beaucoup des heureux effets que l'on escomptait ; désormais, le droit est fixé dans son ensemble, et si heureusement, que l'on n'a pas eu besoin pour la coutume d'Auvergne de recourir à une revision comme pour celles des autres provinces. Malheureusement, la coutume n'est pas partout admise ; il s'en faut même de beaucoup (2) ; une bonne partie de l'Auvergne suit la loi romaine, et nous observons dans cette province l'existence simultanée du droit coutumier, au fond le véritable droit national, celui dont Beaumanoir avait rêvé l'avènement et que tant de jurisconsultes célèbres depuis Dumoulin jusqu'à Pothier ont commenté, poli, généralisé, et du droit romain, la raison écrite

(1) Beaune. Coutume de Beauv.

(2) La fusion des deux éléments (Germanique et Romain) n'y fut jamais complète ; une partie de la province conserva le droit romain. Une autre adopta la coutume. Cependant il n'existait pas pour le droit écrit et pour le droit coutumier 2 zones distinctes séparées.... Toutefois il est permis de dire que la plus grande partie de la province était en pays coutumier.... Rivière. Institution de l'Auvergne tome I, page 442

comme l'appelaient complaisamment nos anciens auteurs, et conservé dans sa pureté primitive. Pays coutumiers, France du Nord ; pays de droit écrit, France du Midi. Pour notre province, la formule peut être la même : Auvergne du nord, partie coutumière ; Auvergne méridionale, partie de droit écrit. Certes cette division est assez arbitraire, et, en définitive, à y regarder de plus près, c'est un enchevêtrement inouï des deux droits : « Le mélange du
« droit écrit et du droit coutumier dans la province
« d'Auvergne est une singularité dont la France
« ne fournit point d'autre exemple.... il n'y a
« point de ligne de division (ces deux loix) sont
« entremêlées dans toutes les parties de la pro-
« vince ; quelquefois en un même lieu cumulative-
« ment, une même maison se régit par la Coutume
« pour une moitié et par le droit écrit pour l'autre.... » (1).

Sans chercher à démêler les raisons de ce mélange qui s'explique le plus souvent par la qualité du possesseur originaire, les propriétés ecclésiastiques ou ayant appartenu primitivement au clergé se régissant plus habituellement par le droit écrit, et les juridictions séculières ou originellement propriétés laïques, suivant ordinairement le droit coutumier, examinons simplement et brièvement comment en présence de ces deux législations si différentes nous pouvons conduire nos recherches. Faut-il se borner strictement à l'étude du pays proprement coutumier et délaisser celle toute romaine du

(1) Cout. d'Auv. Chabrol IX, tome 1.

pays de Haute-Auvergne ? Ou bien devons-nous réunir ces deux parties dans un même travail, nous contentant de souligner à l'occasion les emprises de notre étude sur un terrain étranger ? Telle est la question qui se pose et nous la décidons en déclarant que nous nous occuperons, dans notre étude, à la fois de la coutume et du droit écrit ; d'abord, parce qu'il serait difficile et fastidieux de faire à chaque instant le départ de l'un et de l'autre droit ; ensuite, et c'est la raison déterminante, parce qu'à considérer précisément cet enchevêtrement, ce mariage continuel des deux droits, on peut *a priori* conclure qu'ils n'ont pas été sans s'emprunter l'un à l'autre beaucoup de choses ; un échange s'est fait entre eux. Le droit romain, le plus anciennement implanté sur notre sol, à l'abri de la civilisation impériale, a poussé chez nous de profondes racines ; il constitue la base fondamentale de notre législation, et quand sont venus les Barbares, Goths, et Francs ensuite, ils n'ont pu que modeler, qu'assimiler leurs coutumes sur le droit seul alors existant. Plus tard, aux époques de chaos qui suivirent la mort de Charlemagne, et pendant les agitations de la féodalité, le droit coutumier a pris le dessus ; il a dû s'imposer au droit romain ; il a bouleversé les notions de la famille gallo-romaine, il a forcé pour les besoins du régime politique d'alors, les usages successoraux germaniques ; c'est lui qui a apporté la maxime *paterna paternis*, le privilège de masculinité, le droit d'ainesse, la forclusion des filles. Au XII^e siècle le droit romain renaît partout et vient sauvegarder en Auvergne le principe du régime matrimonial si cher aux Romains : la Dotalité.

Ce régime dotal, nous l'avons donc au xvi^e siècle à la fois dans la partie de l'Auvergne de droit écrit et dans la partie de droit coutumier. L'histoire de l'Auvergne, les termes qu'emploie la Coutume nous montrent quelle immense influence le droit romain a exercé sur cette province ; la dotalité auvergnate, à la différence de la dotalité normande qui est d'essence germanique, est donc d'origine romaine. La partie coutumière la pratique a très peu de différence près, comme la partie de droit écrit ; nous ne pouvons donc que réunir ces deux parties dans une même étude, le droit écrit nous fournissant un élément de comparaison plus rapproché que le droit romain proprement dit, et devant nous rappeler sans cesse la vie et l'épanouissement intense de ce dernier sur notre sol.

Explication et délimitation du sujet

Etablissement des conventions matrimoniales, nature et limite de la dotalité adoptée par les futurs époux ; rapports personnels entre époux, autorité maritale, capacité de la femme mariée ; rapports pécuniaires, administration de la dot, administration des paraphernaux, aliénation du bien dotal ; enfin liquidation des rapports entre époux, restitution de la dot, récompenses, gains matrimoniaux ; telles sont les questions que nous étudierons ; questions dont on a de tous temps compris l'importance puisqu'elles ont trait à l'organisation et au développement de la famille. Du contrat de mariage dérive souvent la prospérité ou la ruine du ménage ; la bonne harmonie ou la discorde entre époux. Le pacte matrimonial s'accommode à l'état social du moment, à la situation politique et économique de chacune des familles alliées, à la nature du pays ; voilà pourquoi il est également intéressant pour le juriconsulte, pour l'économiste et pour l'historien.

En traitant du droit des gens mariés nous nous occuperons uniquement des rapports des époux entre eux : ils sont réglés par le contrat de mariage ; ils sont appliqués et développés pendant le mariage ; ils prennent fin, ordinairement par la mort d'un des conjoints, quelquefois par le divorce, la séparation de corps ou de bien : leur liquidation comprend donc la restitution de la dot, le partage de la communauté dans les cas très rares où elle a existé, la dé-

volution des gains matrimoniaux. Nous laissons de côté tout ce qui a trait à l'autorité paternelle, à la tutelle des enfants; à l'institution contractuelle, quoique ces questions soient dans une dépendance étroite avec celle que nous traitons.

Nous tenons à exprimer notre vive gratitude aux quelques particuliers qui ont bien voulu nous aider de leurs conseils et de leurs souvenirs ; aux notaires de la région dont la complaisance ne nous a jamais fait défaut et qui nous ont ouvert largement les portes de leurs archives. Nous avons étudié très attentivement les principaux commentateurs de la coutume, Basmaison, Prôhet, et surtout Chabrol qui écrivant en dernier et sur la fin du XVIII^e siècle a bénéficié à la fois des travaux de ses prédécesseurs et a su, texte original de la coutume en main, corriger beaucoup d'erreurs de ses devanciers.

Pour la période immédiatement antérieure à la rédaction de la Coutume, nous avons consulté Masuer dont la *Practica Forensis* écrite au début du XV^e siècle est l'expression fidèle du droit auvergnat à cette époque. Chabrol a pu dire de lui : « On le « citait auparavant, comme on cite la coutume au- « jourd'hui ». Et il ajoute : « Dumoulin qui ne pro- « digue pas les éloges, le qualifie d'*Antiquus et doc- « tus practitus* ».

Enfin nous avons trouvé dans Paul Gide (condition privée de la femme), dans Glasson (histoire du droit et des institutions de la France) dans Rivière (institution de l'Auvergne) beaucoup de renseignements précieux.

Pour ce qui concerne les communautés taisesibles auxquelles nous consacrons quelques pages, parce

que, en dehors du grand intérêt qu'elles présentent et du rôle capital qu'elles ont joué dans la région nord et est de l'Auvergne, elles sont à nos yeux le berceau de la communauté conjugale, il faut citer comme principaux ouvrages celui de l'abbé Guélon (Vollere et ses environs), celui du Comte du Broc de Segange (les anciennes communautés de cultivateurs dans le centre de la France) ; enfin les monographies d'Albert Maron (la communauté des Jault) et de Marcel Nicolle (les communautés de laboureurs dans l'ancien droit).

PLAN

Voici comment nous avons divisé notre étude :

Dans une introduction historique, il nous a paru essentiel, en effet, de faire ressortir le rôle successif d'abord, simultané ensuite, qu'ont joué dans notre pays les deux droits romain et germanique; de montrer l'influence prépondérante du droit romain dans la formation de notre législation nationale. On étudie et l'on explique le Code civil par l'histoire du droit, par l'exposé des motifs des rédacteurs; on doit, à l'égard de la Coutume, adopter la même méthode de travail.

Notre sujet proprement dit a été partagé en trois sections : Dans la première nous étudions les rapports personnels entre époux. Chapitre I. — Autorité maritale proprement dite; quel est son fondement; quelles sont ses limites. Chapitre II. — Autorisation maritale; cas où cette autorisation est remplacée ou renforcée par l'autorisation de justice et l'avis des parents. Chapitre III. — Capacité de la femme mariée; émancipation par les fiançailles et par le mariage: modalités; la femme mineure; la femme séparée ou divorcée; la femme marchande publique. — Dans la deuxième section, il est traité des rapports pécuniaires entre époux. Chapitre I. — Régime dotal, à la fois légal et conventionnel, son origine, sa nature. Chapitre II — Du contrat de mariage, son importance, analyses de ses éléments constitutifs. Chapitre III. — Administration et pouvoirs du mari pendant le mariage ; paiement de

la dot ; actes d'administration proprement dits ; limitent où ils deviennent actes de disposition ; les actes de disposition sont interdits au mari en principe. Chapitre IV. — Intervention de la femme ; aliénation de la dot dans les cas prévus par la coutume ; aliénation suivi de remploi ; la femme peut-elle s'obliger sur ses biens dotaux en renonçant à son hypothèque légale. Chapitre V. — Administration et pouvoirs de la femme sur ses biens adventifs et paraphernaux ; de l'influence du Velleien sur les actes de disposition de la femme. — Dans la troisième section, on étudie la liquidation des rapports entre époux. Chapitre I. — Restitution de la dot ; dans quels cas ; comment et avec quelles garanties elle s'opère. Chapitre II. — Option de la femme en cas de remploi ; action en désistement ; prescription du fonds dotal. Chapitre III. — Courte théorie des récompenses. Chapitre IV. — Gains matrimoniaux ; douaire ; gagne coutumière de la femme et du mari.

LE DROIT DES GENS MARIÉS

en Auvergne

INTRODUCTION. — HISTORIQUE

Nous n'avons point à parler de ce qu'était le droit celtique avant la conquête romaine, ni à démêler le sens de ce passage de César si connu et si différemment commenté, dans lequel il nous parle du régime matrimonial adopté par les Gaulois. « *Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis aestimantione facta cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctius ratio habetur, fructusque servantur. Uter eorum vita superavit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit* » (1). Les uns (2), Humbert et Gide, croient qu'il s'agissait d'une sorte de communauté partielle avec gain réciproque de survie. D'autres comme Giraud et Laferrière ont cru qu'il s'agissait d'un régime matrimonial plus original, dans lequel les apports respectifs du mari et de la femme auraient été frappés d'inaliénabilité, d'indisponibi-

(1) César, de Bello gallico, VI, 19.

(2) Humbert. Du régime nuptial des Gaulois. Paris 1858.

lité totale. Quoiqu'il en soit, tout ceci a disparu après la conquête romaine; le droit romain a remplacé le droit celtique et la dotalité a supplanté l'ancienne communauté. César (1) fait prononcer à Critogniat, lieutenant de Vercingétorix, un discours dans lequel il prédit à ses concitoyens la perte de leurs lois et de leur liberté s'ils laissent les Romains entrer chez eux : « *Cimbri . . . jura, leges,*
 « *agros, libertatem nobis reliquerunt . . . Romani*
 « *vero quid petunt aliud, nisi invidia adducti quos*
 « *famâ nobiles, potentesque bello cognoverunt . . .*
 « *his æternam injungere servitutem respice fini-*
 « *timam Galliam quæ in provinciam redacta jure*
 « *et legibus commutatis, premitur servitute* ». Cette prédiction se réalisa et Guiraud (2) constate que les Gaulois étaient assujettis au droit romain :
 « Quelle était la législation appliquée aux Gau-
 « lois ? Les citoyens romains étaient jugés d'après
 « la loi romaine ; comme leur nombre alla toujours
 « en augmentant jusqu'à l'Edit de Caracalla, l'em-
 « pire de la législation romaine s'étendit de plus en
 « plus.... le magistrat municipal publiait un édit
 « où il indiquait les règles qu'il appliquerait du-
 « rant l'année dans l'administration de la justice.
 « Le gouverneur de province faisait de même. Dans
 « ces édits, il est infiniment improbable que le droit
 « gaulois fût introduit, car, aux yeux des Romains,
 « c'était un droit arriéré et barbare; donc d'ordi-
 « naire les gouverneurs de province écartaient le
 « droit gaulois. Sous Hadrien, les édits du prêteur

(1) César, de Bello gallico, livre VII.

(2) Cours sur la Gaule-romaine 1903-1904.

« urbain furent codifiés : ce fut l'*Edictum perpetuum*... les édits des gouverneurs de province eurent probablement le même sort. Le droit de publier un édit devint donc pour le magistrat gaulois complètement illusoire et l'application courante du droit romain devint certaine, d'autant que ce droit fut constamment soutenu, revifié, commenté par les *sénatus consultes* et la législation impériale.

« Les Gaulois d'ailleurs comparaient le droit romain avec le leur. Leur législation toute primitive n'avait pas été l'œuvre de l'Etat : elle consistait en coutumes patriarcales, établies par les plus anciennes familles nobles. Dans le droit celtique la famille était soumise sévèrement à son chef qui avait sur elle droit de vie et de mort ; l'esclave était immolé sur la tombe du maître ; le vol et les moindres délits étaient punis du dernier supplice ; les condamnations à mort étaient regardées comme agréables aux dieux. Avec le droit romain, au contraire, les Gaulois voient la propriété assurée, les enfants égaux, la femme relevée de son esclavage, les contrats libres et le testament autorisé. Cette comparaison était toute à l'avantage du droit romain, et ce fut cette adoption volontaire de ce droit par la masse, qui contribua plus qu'autre chose à assurer en Gaule la domination romaine » (1).

(1) A cette époque, les Gallo-Romains suivaient évidemment la législation impériale lorsqu'ils faisaient partie des *civitates stipendiariæ*. Mais il n'est pas sur que les cités autonomes suivissent aussi bien le droit romain.

On trouve, d'ailleurs, dans le Code de Justinien, des rescrits des empereurs adressés aux gouverneurs des Gaules : l'un par exemple de Constantin à Marcellin, président de la première province lyonnaise. Le droit romain régnait donc sans contester en Auvergne, quand les Wisigoth devinrent les maîtres du pays en 474.

On sait que la puissance des Wisigoths tomba après la bataille de Vouillé, et l'Auvergne passa alors sous la domination franque (1). Mais, parmi les désordres, les pillages, les massacres, les proscriptions qui marquèrent les règnes des descendants de Clovis, on trouve encore la trace du droit romain exerçant, chez les anciens sujets de l'empire, son influence prépondérante. L'ordonnance de Clotaire I^{er}, de 560, en serait une preuve « *inter romanos negotia causarum legibus præcipimus terminari* ». Augustin Thierry (2), traduisant un passage

(1) Lettres sur l'histoire de France.

(2) A la mort de Clovis, en 511, ses quatre fils Thierry, Clodomir, Childebert et Clotaire se partagèrent son royaume. Thierry eut dans son lot, l'Astrasie, et en outre l'Arvernien, le Velay, le Gévaudan, le Limousin, le Rouergue et le Quercy. A la mort de Thierry, en 534, son fils Théodebert hérita de toutes ses possessions. Théodebert mourut en 548, son fils Theodebald en 555. Clotaire, roi de Soissons, s'empara du royaume de son petit neveu. Après la mort de Clotaire, en 561, l'Astrasie et l'Arvernien avec elle passèrent sous la domination de Sigebert, le plus jeune des quatre fils de Clotaire; et après l'assassinat de ce dernier, successivement sous celle de Childebert II (575), de Théodebert II (596) et de Sigebert II (612). Comme sous Clotaire I^{er}, sous Clotaire II et Dagobert son fils, l'empire franc ne forme qu'une seule monarchie. Après la mort de Sigebert III, Eudes, duc d'Aquitaine, a la souveraineté de l'Auvergne (699-735). Son fils Hunoald règne jusqu'en 745. Son fils Guaifre lui succède (745-768)... La bass

de Grégoire de Tours, raconte qu'au moment où Chilpéric maria sa fille Rigonthe au roi des Goths, en 584, il voulut qu'un certain nombre de familles gallo-romaines accompagnassent sa fille en Espagne : « Beaucoup de gens des meilleures familles, « contraints à partir de force, firent leur testament, « donnèrent leurs biens aux églises, et demandèrent qu'au moment où la fiancée entrerait en Espagne, on ouvrit ces testaments, comme si déjà « eux-mêmes eussent été mis en terre. » Le *Nullum testamentum* germanique est donc lettre morte pour les gallo-romains ; ils font leur testament à la romaine et, comme des soldats qui, sous l'Empire, partaient pour la frontière du Rhin. Dans une autre partie du même ouvrage, on trouve l'histoire d'un affranchissement fait en 534 : « Que ce qui a été « fait selon la loi romaine soit à jamais irrévocable. Aux termes de la constitution de l'empereur « Constantin, de bonne mémoire, et de la loi dans laquelle il est dit que quiconque sera affranchi dans « l'église sous les yeux des évêques, des prêtres ou des « diacres, appartiendra dès lors à la cité romaine « et sera protégé par l'Eglise, dès ce jour le nommé « Léon sera membre de la cité... ». On pourrait ainsi multiplier les exemples d'application du droit romain chez les anciens sujets de l'Empire : « En « 673, Prix, évêque de Clermont, refusa de plaider « le samedi saint, la cause de son Eglise, au sujet

Auvergne en 764 avait déjà fait sa soumission au roi des francs; la Haute-Auvergne fut définitivement réduite trois ou quatre ans plus tard. (Nous empruntons ces détails à M. Michel, op. cit.).

« de la succession d'une femme d'Issoire, parce que
« la loi romaine ne le permettait pas dans la quin-
« zaine de Pâques. Saint-Bonnet, aussi évêque de
« Clermont, et depuis chancelier, avoit étudié le
« droit romain à Clermont ; ce qui suppose que
« c'étoit la loi du pays. » (1).

Cette survivance du droit romain en Gaule persistait au temps de Charlemagne. Certes, celui-ci tenta, dans ses capitulaires d'unifier le droit le plus possible, et on lui prête l'intention d'avoir voulu donner à ses sujets une législation uniforme ; mais, sous son règne, dura cependant le principe de la personnalité des lois, c'est-à-dire cette espèce de juxtaposition forcée des coutumes barbares avec la loi romaine.

Ses successeurs, Louis-le-Débonnaire, Charles-le-Chauve, permirent à ceux de leurs sujets qui y étaient soumis de conserver le droit romain et Charles-le-Chauve toléra : « que les provinces qui avoient
« adopté le droit romain, s'y conformeroient, et
« Louis-le-Débonnaire avoit fait publier auparavant que les ecclésiastiques seroient jugés suivant le droit romain, *ut omnis ordo ecclesiarum*
« *secundum legem romanam vivat* » (2).

Mais plusieurs historiens du droit affirment que

(1) Chabrol. Cont. d'Auv. Dissertation page XII. — Chabrol ne tient évidemment pas compte du principe de la personnalité des lois, et ne veut sans doute parler que des Gallo-Romains.

(2) Chabrol ibid. Nous avons substitué le mot (toléra) au mot (ordonna) du texte pour bien faire ressortir que le principe de la personnalité des lois était alors en pleine vigueur et qu'il n'y eut aucune prescription législative pour amener la prépondérance de telle ou telle loi.

le droit romain alla s'obscurcissant sous les successeurs de Charlemagne, pour s'éteindre presque complètement sous les premiers Capétiens. Il y eut alors une période de désordres, d'anarchie, d'ignorance, pendant laquelle on perdit le souvenir du droit romain. Cette époque, particulièrement favorable à l'établissement de la féodalité fut peut-être, pour l'Auvergne, moins ténébreuse que pour toute autre partie de la France ; nous pensons que le droit romain, tout en y subissant un grand recul d'influence, dut cependant être toujours appliqué, au moins par le clergé. « Il est certain que le plus
« grand nombre des justices qui appartiennent à
« l'Eglise se régit, dans cette province, par le droit
« écrit, et celle des laïques sont communément sou-
« mises à la coutume. Cette distinction dériveroit-
« elle du Capitulaire de Louis-le-Débonnaire ?
« Mais, en ce cas, pourquoi les églises d'Auvergne
« ont-elles conservé, seules en France, cette distinc-
« tion ? Pourquoi, dans tout le reste du royaume,
« sans exception, les terres du clergé, comme celles
« des laïques, sont-elles indistinctement soumises à
« la même loi ? » (1).

C'est à ce moment que le droit germanique put opérer sur la masse laïque une influence assez profonde. La règle fameuse en Auvergne : la dotalité est la règle, a dû s'imposer alors.

Au XII^e siècle, le droit romain reparaît en France ; mais ce ne sont plus le code Théodosien, le code Grégorien, les résumés des Institutes de Gaius, les

(1) Chabrol. Cont. d'Auv. Dissertation, page XIII.

Réponses de Papinien, les Sentences de Paul qui forment le fond de la législation. C'est le droit romain de Justinien, qui n'avait pas encore été enseigné en France, et dont seul le clergé connaissait quelques principes. Au XIII^e siècle, il prend un essor inouï : chaque grande ville a ses professeurs de droit romain, et, en 1281, Pierre de Limoges enseigne, à Riom, la législation de Justinien. On sait que le pouvoir ecclésiastique s'efforça alors de mettre une entrave à cette science envahissante qui étouffait les études littéraires et théologiques : les Conciles du XII^e siècle tenus à Reims, à Latran, à Tours, défendirent aux clercs d'étudier cette nouvelle législation. Quoiqu'il en fut, dans la Haute-Auvergne, où le droit romain était resté en somme la loi dominante du pays, on dut accueillir la législation plus précise de Justinien avec enthousiasme ; et si quelques localités protestèrent contre ce qu'elles considéraient comme une intrusion, la plupart restèrent traditionnalistes : « Un arrêt de 1281 ordonna que
 • « le pays des montagnes d'Auvergne, au moins la
 « grande partie, se régirait par droit coutumier :
 « *ad supplicationem multorum de montanis Ar-*
 « *verniciæ, et auditâ relatione baillivi nostri, ordi-*
 « *natum fuit quod montana Arverniciæ jure consue-*
 « *tudinis regerentur, et secundum morem patriæ*
 « *consuetudinariæ...* L'arrêt paraît dire en général
 « que le pays des montagnes se régira par la cou-
 « tume : il ne faut cependant pas l'entendre de toute
 « la Haute-Auvergne indistinctement : la requête
 « où l'on réclamait la coutume n'avait été présentée
 « que par un certain nombre, *multorum* ; il y avait
 « donc une autre partie qui se gouvernoit par le

« droit écrit. Le droit romain est même celui qui domine le plus dans la Haute-Auvergne... » (1).

Dans la Basse-Auvergne et la partie appelée proprement coutumière, on sent, à côté de la législation romaine, l'existence d'une Coutume : car si, en 1281, on entend proclamer à Riom les principes romains, on sait que, dix ans auparavant, Alphonse, frère de Saint-Louis, et à qui l'Auvergne fut donnée en apanage, avait accordé à la capitale du duché d'Auvergne, des chartes contenant reconnaissance expresse de ses coutumes et de ses privilèges. Seulement, parmi ces coutumes, on en remarque qui sont d'esprit romain et nullement empruntées au droit germanique. En voici une concernant l'adultère, dont on retrouve l'équivalent dans la coutume locale de Besse :
 « *Item, adulter vel adultera si deprehensi fuerint in adulterio, vel per homines fide dignos convicti fuerint, super hoc accusatore existente et accusationem suam legitime prosequente, vel in jure confessi fuerint, nudi currant villam, vel nobis solvat quilibet LX Solidos, et hoc sit in optione delinquentis..* ». « *Si hom s'en fuich am l'atrui molher, ni femna am l'atrui marit non deu tornar à Bessa troque santa gleisa los itorn...* » Enfin, deux siècles plus tard, en 1486, Gilbert, comte de Montpensier, Dauphin d'Auvergne, dans une longue charte, devait confirmer les coutumes et privilèges de la ville d'Aigueperse : « Si homme et femme de ladite ville et franchise estoit pris en adultère avec homme marié ou femme mariée, soixante sols

(1) Chabrol Cont. d'Auv. Dissertation pages XIV et XV.

« y avons, quand seront atteints, ou prouvés suffisamment, en présence desdits consuls ou de leurs procureurs si appelés suffisamment ils y veulent estre ». P. Gide (1) avait fait ressortir l'influence du droit romain sur la formation de la plupart de nos coutumes: «Lorsqu'au xii^e siècle un nouvel esprit de liberté souffla d'un bout de la France à l'autre, l'affranchissement des communes et des municipalités, qui, dans le centre et le nord, n'avait été qu'un réveil de l'esprit germanique, ne fut dans le midi qu'un retour à la loi romaine...» Cette remarque ne semble point concerner l'Auvergne puisque, géographiquement parlant, cette province est au centre de la France. Mais plus loin, dans les exemples que Gide cite à l'appui de son assertion, il semble implicitement reconnaître que l'Auvergne, au point de vue juridique, se rapproche beaucoup du Midi : « Les Germains punissaient l'adultère du dernier supplice ; dans les statuts de Languedoc et de Provence les peines contre l'adultère sont si dérisoires qu'elles semblent faites pour l'encourager plutôt que pour le réprimer. Le scandale de la peine surpasse d'ailleurs celui de la faute : l'homme et la femme adultères devront courir nus par la ville, s'ils ne préfèrent se racheter avec quelques sous d'amende... » (2).

En définitive, on pourrait dire que le droit romain a été la véritable base de notre droit Auvergnat (3);

(1) Condition privée de la femme, page 388.

(2) Gide *ibid.* page 390.

(3) Ce n'est pas absolument l'opinion de Rivière. Institution de l'Auvergne. — I p. 442. « L'Auvergne, par sa position

c'est lui qui a servi à construire l'édifice ; il restait, ayant survécu pendant la tourmente des invasions, et plus tard, de l'établissement des Capétiens, avec de solides fondements. La connaissance de la compilation justinienne répandue avec l'étude des glossateurs et vulgarisée par le clergé qui a compté, dans notre région, des établissements nombreux et considérables, a permis d'achever l'édifice. Seulement, comme malgré tout, la Coutume germanique avait apporté beaucoup de bonnes choses, on les a prises pour embellir la maison : la voûte est romaine ; les décorations, germaniques. Outre ces deux principes, autorité maritale, dotalité présumée, le droit germanique a fourni un complément heureux à la théorie romaine des gains de survie

« intermédiaire fut pour l'élément germanique et pour l'élément romain un lieu de rapprochement... La loi romaine y régna longtemps. Son empire légitimé par les capitulaires s'y prolongea jusqu'au moment où la Révolution féodale triompha. Depuis cette époque, la sphère du Droit romain, de ce droit préféré de l'Eglise, se restreignit peu à peu par suite de son antagonisme avec le droit féodal. Toutefois, l'élément germanique et féodal ne l'emporta pas en Auvergne, et d'un autre côté, la fusion des deux éléments n'y fut jamais complète : une partie de la province conserva le droit romain, une autre adopta la coutume; cependant il n'existait pas pour le droit écrit et pour le droit coutumier deux zones distinctes, séparées. »

Et plus loin, t. 2, p. 110 : « Le droit romain est évidemment un élément important dans la coutume d'Auvergne : on le trouve dans les dispositions qui règlent la capacité des personnes, le régime matrimonial, les partages de succession, la légitime des enfants. Mais l'élément féodal et coutumier y occupe aussi une place assez notable... C'est du droit Coutumier et non du droit Romain que viennent les principes sur la puissance maritale, sur l'émancipation des filles par le mariage, sur la saisine héréditaire, etc... »

dont on a fait un grand cas en Auvergne, peut-être par ce droit qu'avait la femme de prendre dans la masse, à la dissolution du mariage, une quote-part des meubles et conquêts, à coup sûr par cette vocation, dès l'instant du mariage, à l'usufruit des biens du mari : transformation de la dot donnée à l'origine par l'homme à la femme en douaire (1).

Le droit germanique nous a donné encore l'idée des avantages et donations entre époux pendant le mariage. Mais là il n'a triomphé que partiellement et péniblement, puisque ce n'est qu'au xvi^e siècle, dans la coutume rédigée, que l'on trouve l'autorisation, pour le mari d'avantager sa femme pendant le mariage, et, qu'en revanche, on constate la prohibition formelle pour la femme de faire des donations entre vifs à son mari. Du moins pourrait-on reconnaître pour germanique d'origine cette coutume assez fréquente en Auvergne, de laisser le mari jouir des paraphernaux de sa femme et les administrer ; ce qui est assurément un avantage indirect que la femme fait à son mari, et ce qui rappelle assez le régime germanique dans lequel le mari, précisément en vertu de la puissance maritale, a des pouvoirs étendus, réels, constants sur les biens de sa femme. Enfin, on peut également regarder comme germanique cette coutume d'Auvergne qui frappe de forclusion la fille dotée. Une partie de l'Auver-

(1) Nous verrons que si l'Auvergne n'a jamais eu de douaire coutumier (exception faite pour quelques coutumes locales), ni d'augment légal, du moins a-t-elle été toujours très disposée à adopter dans les contrats de mariage un gain de survie pour la femme, qui tenait à la fois du douaire germanique et de la *donatio propter nuptias* romaine.

gne a perdu de vue, probablement à partir du x^e siècle, le testament romain, et si elle n'a pas suivi le principe germanique rigoureux : *nullum testamentum*, elle n'a du moins donné à l'institution testamentaire que l'effet d'un simple legs. Cette règle a été posée par Masuer et semble par lui présentée comme très ancienne : « *Advertendum est quod in patria Arvernica Consuetudinaria, non est locus successioni ex testamento, quia institus habetur loco legatarii...* » (1). Son mode favori de libéralité a été l'institution contractuelle « Œuvre collective et irrévocable de deux familles, et qu'on peut « attacher à l'affiatomie de Francs » (2). Mais là encore l'influence romaine s'est mêlée à l'influence germanique; et tandis que, en droit germanique, à l'origine, le père n'était pas obligé de donner quelque chose à sa fille qui se mariait, tandis que le *faderfium* était facultatif, tandis que la coutume de Normandie continuait cette tradition rigoureuse en consacrant la forclusion de la fille, n'eut-elle été dotée que « d'un chapel de roses », la Coutume d'Auvergne consacre pour le père l'obligation de doter sa fille et permet même à la mère d'aliéner, dans ce but, un quart de ses biens dotaux.

En définitive on voit que, dans cette longue période qui s'étend du xi^e siècle à la fin du xiii^e siècle, il y a juxtaposition de législation qui s'opère. Dans certaines régions, il est vrai, comme dans la Haute-Auvergne, on trouve plus commode de con-

(1) Masuer, *practica*.

(2) Lefevre. Les successions. — Textes coutumiers du XIV^{me} siècle, cours 1904-1905.

server à peu près intact le droit romain ; mais dans la Basse-Auvergne, on pille le droit germanique avec ardeur comme la Pleïade pillait l'antiquité sur le manifeste de du Bellay. Même dans ce désordre, on constate une certaine élévation d'idées et de civilisation ; et si l'on adopte le principe barbare de la forclusion des filles, si l'on conserve, pour les besoins d'un régime, celui de la séparation d'intérêts entre époux, on perçoit que dans le mariage, les rapports pécuniaires ont alors des bases plus certaines, plus raisonnables qu'en Germanie, et que les rapports personnels sont établis d'une façon plus durable qu'à Rome, grâce à l'intervention de la famille au contrat de mariage, dans le mariage et dans les actes les plus importants de la vie des époux. L'épanouissement du christianisme, la création de la Chevalerie qui en est une des plus directes conséquences sociales ont fait beaucoup pour effacer l'impression de la Rome impériale, que le mariage n'est qu'un état passager conduisant au divorce : « Le
« mélange social des sexes que l'antiquité classique
« n'a pas connu, et qui procède de l'instinct Gaulois
« combiné avec le christianisme, ce mélange, prin-
« cipe fondamental de la civilisation moderne, s'est
« montré en même temps dans la France du nord,
« mais avec moins de délicatesse et d'élégance... A
« tous égards, le midi était bien préparé... »

Au ^{xiv}^e siècle, l'influence du droit romain grandit par toute la France et sans doute l'Auvergne, moins que toute autre province, ne put y échapper. Si Beaumanoir qui écrit, à la fin du ^{xiii}^e siècle, a su ne pas s'y attacher et composer un traité remarquable « sur le droit commun à tous en coutume de

« France » (1), Pierre Desfontaine et l'auteur de « Jostice et Plet », avant lui, après lui, Bouteiller, ne font que traduire et paraphraser le droit romain.

La majeure partie des ouvrages ou des documents du xiv^e siècle intéresse la région parisienne, et nous n'avons malheureusement rien sur l'Auvergne. Il nous faut arriver au début du xv^e siècle pour avoir, dans notre région, ce que les Normands, les Bretons, les habitants de l'Artois, ceux de Clermont en Beauvoisis, possédaient depuis longtemps : c'est-à-dire un ouvrage général, étudiant la coutume dans toutes ses parties et permettant d'attendre plus patiemment la rédaction officielle.

Il nous faut donc exposer très brièvement quelles étaient, du temps de Masuer, qui écrit un siècle environ avant la rédaction, les règles qui régissaient le contrat de mariage et les rapports entre gens mariés.

Au titre de *Dote et Matrimonio de la Practica*, une seule phrase nous fournit plusieurs renseignements précieux : « *Primo est advertendum, quod omnia bona mulieris uxoratae censentur esse dotalia, et in dotem constituta, nisi constet illa esse adventitia vel paraphernalia ut quia fuerunt retenta tempore matrimoniali...* » Nous pouvons conclure de ce passage que le régime dotal existait avec cette aggravation d'origine germanique que la dotalité était la règle. Ainsi, tout ce que la femme

(1) « Beaumanoir, en effet, avait déjà la vision assez nette qu'il existait à travers la multiplicité des coutumes locales un système commun d'institutions coutumières. » Lefèvre à son cours 1904-1905.

possédait au moment de son mariage, tout ce que son père, ses frères, un étranger même lui donnaient pour son établissement, était dotai, c'est-à-dire soumis à l'administration et à la jouissance du mari, inaliénable comme nous le ferons ressortir plus loin. La femme, il est vrai, pouvait, par convention expresse, *per litteras*, c'est-à-dire dans le contrat de mariage, se réserver l'administration, la jouissance, la faculté de disposer librement de certains biens, les adventifs et les paraphernaux. Le constituant également pouvait faire la même réserve. Dans tous les cas, dès l'instant du mariage, et même dès la conclusion des fiançailles, la femme sortait de la puissance paternelle pour tomber sous l'autorité maritale (1). Mais, comme au temps de Masuer, le mariage n'émancipait pas le fils, celui-ci restait toute sa vie sous la puissance paternelle (il en était différemment dans la coutume de Normandie), et que le père gardait l'usufruit des biens de son fils, biens présents et à venir, ce dernier ne pouvait songer à faire des donations *propter nuptias* à sa femme ; également, il pouvait y avoir des

(1) « Nous avons cependant observé que, dans cette province, le mariage n'émancipait anciennement ni les filles, ni les mâles... L'histoire nous fournit des exemples mémorables, que les pères émancipaient expressément leurs filles en les mariant... » Chabrol, Cont. d'Auv. tome II, page 477. — « Le contrat de Mariage de Jeanne de La Tour avec Bernard Dauphin, du dernier juillet 1409, prouve qu'alors le mariage n'émancipait même pas les filles : on a inséré l'acte d'émancipation que Bertrand de La Tour, son père, fit devant le Lieutenant Général de Riom, où il habilite sa fille à ester en jugement, tester, codiciller, renonçant à l'usufruit présent et à venir, et ne retenant rien en la demoiselle sa fille, fors que filial amour ». Chabrol, *ibid.* p. 441.

difficultés sur l'affectation hypothécaire donnée comme garantie de la restitution de la dot. Il est donc probable, il est même certain qu'en pratique le père émancipait expressément son fils au moment du mariage, ou bien il lui donnait, par l'*actio-mandati*, le pouvoir de contracter, vis-à-vis de la femme ou de la famille de la femme, ou bien encore il s'engageait, dans le contrat de mariage, à acquitter toutes les obligations de son fils.

C'était habituellement le jour du mariage que la dot de la femme était payée au mari; mais on pouvait prendre terme pour le paiement. Le plus ordinairement cette dot était modique et elle était immobilière, car l'argent était alors assez rare et la famille préférait ou bien asseoir une rente sur un fonds, ou mieux, donner directement ce fonds à la femme. Masuer, en effet, parle le plus souvent de la « *res dotalis* », et il nous dit, au titre XXII des prescr. : « ... *et pro utiliori declaratione interdum dos consistit in pecunia numerata...* » Enfin, au même titre, il ajoute : « *Si vero dos consistat in re mobili....* » Ce qui laisse entrevoir que quelquefois on constituait en dot, à la femme, des meubles, comme des vêtements, des bijoux, des troupeaux, ainsi qu'on procédait autrefois en Germanie.

Quoiqu'il en fût, une fois que la fille avait été mariée et dotée, du vivant de ses père et mère, elle était forclosée de leur succession : « *Item, filia maritata per patrem et matrem, aut per patrem, vel avum paternum vivente matre, et maxime si dos fuerit ei constituta, non potest succedere ab intestato patri nec matri, avo; nec alteri sibi attin-genti in linea descendente, vel collateralis, quam-*

« *diu stabunt masculi et hæredes, aut descendentes ab ipsis, etiam dato, quam supersit filia ex masculo* » (1).

Cette renonciation de la fille, nous la retrouverons dans les contrats de mariage postérieurs à la Coutume, et elle devint de très bonne heure, pour les notaires, une clause d'usage. Cependant, comme dès cette époque, les contrats étaient susceptibles de toutes sortes de clauses, un père qui dotait sa fille pouvait très bien lui réserver une place à sa succession, sous la condition du rapport de sa dot. Ce rappel à succession est un débris de la théorie si souvent employée au Moyen-âge contre la coutume germanique; il a probablement son origine dans la fameuse formule de Marculfe (2), qui nous fournissait l'exemple d'un rappel de la fille à la succession de la *terra* et d'une réaction contre un usage qualifié de *diuturna sed impia consuetudo* (3).

D'ailleurs cette forclusion avait lieu, même si la

(1) Masuer practica XXXIII des success. et ult. volunt.

(2) Formule 12 — Liv. 2.

(3) L'article 107 de la Coutume est ainsi conçu : « Le père et autres ascendants, en mariant en premières noces leur fille et autres descendants en droicte ligne, peuvent réserver à leurdicte fille et autres descendants en droicte ligne, droict successif de père, mère et autres des dicts parents. » — Chabrol, t. 1, page 435 donne l'exemple d'un père dotant sa fille et lui réservant en même temps le droit de venir à sa succession. « Par le contrat de mariage de Jeanne Vachon avec Guillaume Rival, son père lui constitua 7.000 livres pour la place, est-il dit, et en lieu de tous et uns chacun ses biens paternels futurs, en cas qu'elle ou les siens survivent à lui, avec puissance laissée et demeurée à sadite fille, si bon lui semble, et à son choix d'être reçu et appelée à sadite succession paternelle, en rapportant ou moins prenant, ce que dessus lui a été constitué et promis, ledit père la précédant. »

filles avait été mariées sans dot. On peut se demander, dans ce cas, quel était l'avantage du mari. Mais l'usage le plus fréquent alors était « d'entrer gendre » ; c'est-à-dire que le mari était reçu dans la famille de sa femme et, en échange du logement et de la nourriture, il travaillait de son mieux à la prospérité de la maison et de l'exploitation agricole.

Et maintenant, quels étaient les pouvoirs du mari sur la dot de sa femme ? Masuer nous dit expressément qu'il en avait l'administration et la jouissance. « *Item maritus rei dotalis facit fructus suos...* » (1). La femme était donc alors, comme dans notre régime dotal actuel, en pension chez son mari. Celui-ci, en effet, n'avait la jouissance de la dot que parce qu'il avait à entretenir sa femme et à élever des enfants : « *et hoc pro oneribus matrimonii* ». Mais à la femme restait la nue propriété du fonds dotal : « *Eo quod vir habet jus ususfructus et uxor proprietatem* ».

Il semblerait donc qu'en unissant la jouissance et la nue propriété, en reconstituant intégralement la propriété, les époux pourraient vendre ou hypothéquer le fonds dotal ; mais le principe romain de l'inaliénabilité de la dot subsiste : « *quia interest rei publicæ dotes mulieribus conservari* » (2). Et Masuer dit expressément : « *Maritus et uxor non valent rem dotalem vendere aut alienare...* » (3). Mais il met immédiatement une restriction à la

(1) Titre XIV des dots et matrim.

(2) Titre 32, page 34, Masuer.

(3) Titre 14, des dots et matrim.

règle : le fonds dotal peut être aliéné à condition que le remploi ait lieu de même valeur et sans fraude ; de cette façon, la condition de la femme n'aura pas empiré, et la famille de la femme, pour laquelle le fonds est un propre, aura la ressource, si elle tient au fonds, d'opérer le retrait lignager... « *et per consequens valet permutatio rei dotalis cum æquivalenti et sine fraude* » (1). Masuer indique aussi les cas dans lesquels le fonds dotal peut être aliéné, même sans remploi, mais il faut alors « connaissance de cause et décret du juge » « *cum causæ cognitione et interpositione decreti* ». Il faut aussi, autant que possible, que les deux époux soient parties à la vente : « *De consuetudine oportet ambo faciant venditionem* » (2).

La *res dotalis* peut encore être aliénée : 1° pour les aliments du mari ou de la femme en cas de nécessité ; 2° pour le rachat du mari pris par l'ennemi ; 3° pour l'établissement des enfants communs par mariage ; 4° pour les dépenses jugées indispensables à la conservation du fonds dotal (3).

Si la vente du fonds dotal est ainsi interdite, il est aussi défendu, soit au mari, soit à la femme, de gager ou d'hypothéquer l'immeuble dotal : 1° au mari, parce que l'hypothèque est plus dangereuse

(1) Masuer, *ibid.*

(2) Masuer, titre 14, parag. 6.

(3) Nous induisons ces deux dernières hypothèses des termes mêmes employés par Masuer : « Aliqui tamen sunt casus speciales, in quibus dos potest alienari, etiam sine recompensatione velut pro alimentis viri et uxoris in casu necessitatis, pro redemptione viri qui captus detinetur apud hostes et aliis notatis.

que l'aliénation; et c'est ainsi que les Romains l'avaient envisagée, puisque la loi Julia permettait indirectement au mari d'aliéner avec le consentement de sa femme, et qu'elle lui défendait, en revanche, d'hypothéquer même avec ce consentement; 2° à la femme, parce que, en hypothéquant, pour garantir une dette de son mari, elle lui faisait ainsi un avantage indirect : « *Item mulier pro facto viri sui nullatenus potest obligari, nec etiam renuntiare obligationi seu hypothecæ, quæ sibi competit ob causam dotis, seu alias, quia illud esset per indirectum fraudare consuetudinem, per quam mulier quovis titulo nihil potest dare viro suo* » (1).

Cette crainte que les époux puissent, pendant le mariage, tourner la prohibition romaine des donations entre époux, fait qu'au temps de Masuer, la femme qui a des paraphernaux, ne peut en laisser la jouissance au mari ; celui-ci n'en a que l'administration : « *Item vir debet restituere hæredibus uxoris fructus quos percepit ex rebus parafernalibus adventitiis saltem naturalibus* ». Nous verrons qu'au xvi^e siècle ces principes se sont adoucis : la femme pourra laisser jouir son mari de ses *bona adventitia vel parafernalialia*, et le mari pourra alors faire à sa femme toutes donations pendant le mariage.

Masuer nous avait laissé pressentir l'application du Velleien dans notre Coutume : il nous dit plus loin très clairement(2): « *Item si uxor intercedat pro*

(1) Masuer, titre 30 des oblig. p. 4.

(2) Masuer, titre 30 des oblig. parag. 8.

« *viro nihil valet, ut in Authent. Si qua mulier C.*
« *ad Velleian, pro extraneo valet respectu bonorum*
« *parafernaliū et adventitiorum, si renuntiave-*
« *rit beneficio Velleiani...* »

Aussi Gide (1) pouvait-il écrire très exactement :
« L'observation du Velleien, à partir du XIII^e siècle,
« dans la Provence, le Languedoc, l'Auvergne, et
« jusque dans la Bourgogne, est constatée non seule-
« ment par de nombreuses chartes où l'on voit des
« femmes renoncer à leur bénéfice, mais aussi par
« les prescriptions formelles de quelques coutumes.
« Tantôt, comme à Montpellier, la nullité de l'inter-
« cession était couverte par l'autorisation maritale,
« et la femme restait libre de s'obliger envers les
« créanciers de son mari et de renoncer, en leur
« faveur, à son hypothèque. Tantôt, comme en
« Auvergne, par une distinction contraire, et plus
« conforme aux traditions romaines, c'est l'inter-
« cession au profit du mari que la loi frappait avec
« le plus de rigueur. »

C'est à l'égard du mari, en effet, que la femme est le plus protégée, sans doute à cause de l'influence forte et constante qu'il exerce sur sa femme. Celle-ci sur ses paraphernaux contractera tous engagements valables au profit d'autrui ; elle cautionnera la dette d'un étranger, elle pourra se substituer à lui et prendre sa place de débiteur ; mais il ne lui sera pas permis de fortifier le crédit de son mari en s'engageant à côté de lui, en cédant, au profit du créancier du mari, son rang hypothécaire : biens dotaux et

(1) Gide, op. cité, page 392.

biens paraphernaux, au regard de l'obligation matrimoniale, se confondent.

Mais, tandis que les biens dotaux constituent un domaine intangible pour les deux époux, la femme en possède un autre dont elle a à la fois la propriété et la jouissance, dont elle est dame et maîtresse : « *Ut « quia fuerunt retenta tempore matrimoniali* ». C'est ce patrimoine qui permettra à la femme de doter ses enfants sans toucher à sa propre dot ; c'est lui qui supportera les charges alimentaires du ménage, si le mari ne peut y subvenir ; c'est lui qui servira à payer la rançon de l'époux prisonnier de l'ennemi : en un mot, c'est lui, qui, dans les cas de nécessité, est exécuté en premier, et le fonds dotal jouit, à son égard, du bénéfice de discussion (1).

Il est vrai qu'à la dissolution du mariage, le patrimoine du mari lui doit des récompenses pour tous ces frais, même pour la dot des enfants, car c'est au mari et non à la femme qu'incombait le devoir de doter. En revanche, si la femme a eu à répondre, pendant le mariage, de ses propres délits sur ses biens adventifs et paraphernaux, le mari ne lui doit évidemment point de récompense pour des frais qui n'ont pas tourné à son profit : « *Item in delictis vir « non tenetur solvere emendam pro uxore, etiam de « re dotali vel fructibus ejus, et potissime si uxor « possideat bona separata, id est, adventitia vel « parafernalia* » (2).

(1) Item, si pater et filia egestate laborent et mater habet ad sufficientiam de bonis parafernalis aut adventitiis, ipsa tenetur, et potest compelli dotare filiam. » Mesuer, titre 14, paragr. 16, in fine.

(2) Masuer, titre 14, paragr. 7.

Mais, à la dissolution du mariage, ce que le mari doit restituer, sauf dans de rares exceptions (1), c'est la dot : « *Item, dos debet restitui mulieri, vel ejus hæredibus in eodem genere et qualitate, et in eadem bonitate* » (2). Généralement, quand il s'agit d'une dot en argent, on accorde au mari certains délais, surtout si le contrat de mariage en a prévu pour le paiement de la dot. S'il s'agit d'une dot immobilière, la femme la reprend immédiatement, dès que cesse l'usufruit du mari, ce qu'on peut inférer du passage de Masuer : « *Item, maritus rei dotalis facit fructus suos et hoc pro oneribus matrimonii... et quo ad fructus anni illius, in quo solutum est matrimonium, debet in speci tempus contracti matrimonii, quia emolumentum debetur habita relatione ad onus.* »

Ce que la femme acquiert encore immédiatement, c'est l'augment de dot, s'il n'y a pas, à ce sujet, de convention contraire. Elle a, en outre, en cas de survie, une gagne coutumière : elle gagne le lit nuptial, la robe de noces et les bijoux. Mais Masuer fait une restriction : « *De jure vero vestes preciosæ vel festivæ et ornamenta preciosa spectant ad hæredes viri* ». Ce qui est assez vague, car on peut se demander s'il y a une différence entre les *tunicæ nuptiales* et les *vestes preciosæ*, et si les *jocalia* ne sont pas, par essence, des *ornamenta preciosa* ?

Comme la femme reprend toutes ces choses-là,

(1) « Si uxor decesserit sine liberis, lucratur (vir) étiam medietatem dotis, quæ consistit in denariis, et hoc nisi aliud fuerit conventum ».

(2) Masuer, titre 14, parag. 12.

plus ou moins usagées, il semblerait, de prime abord, qu'elle ne gagne rien ; mais Masuer dit qu'elle les reprend « *cum pejoramentis* » (1), ce qui veut dire que les héritiers du mari doivent lui tenir compte de l'usure. La femme reprend donc ses effets à l'état de neuf : sa jouissance pendant la mariage a été toute gratuite. En revanche, elle doit supporter les frais de funérailles de son mari ; et Masuer nous dit naïvement qu'elle n'aura ni *augmentum dotis*, ni *lucrum*, si elle a, par sa faute, causé la mort de son mari.

La gagne du mari, dans le cas où il survit à sa femme, est la même que celle de la femme ; il garde le lit, la robe nuptiale et les joyaux, mais les héritiers de la femme ne lui tiennent point compte de l'usure. Il doit, moyennant cela, supporter les frais de funérailles de sa femme.

C'est au moment de la dissolution du mariage que les donations entre époux, par contrat de mariage, vont sortir leur effet. C'est alors aussi que s'opère le règlement des récompenses que les époux peuvent se devoir : ainsi, le mari tient compte aux héritiers de la femme de la jouissance des paraphernaux qu'il a eu pendant le mariage ; il est responsable, à leur égard, de la prescription de la dot qu'il a laissé s'accomplir ; il doit rendre exactement le montant de l'estimation faite dans le contrat de mariage d'une dot fongible. En revanche, les héritiers de la femme doivent lui tenir compte des dépenses nécessaires faites, à ses frais, pour la conservation du

(1) Masuer, titre 14. « Item... si vir præmoriatur, uxor lucratur lectum et rompas nuptiales cum pejoramentis : ita quòd hæredes viri teneantur sibi ad pejoramenta... »

fonds dotal, comme aussi de l'argent qu'il a versé pour couvrir les délits de sa femme (1).

Tel est, très succinctement exposé, le droit des gens mariés en Auvergne, au temps de Masuer. Comme on a pu le constater, la théorie du régime dotal est romaine, mais elle est très incomplètement développée; nous la retrouverons dans la coutume rédigée, beaucoup amplifiée, moins servilement romaine, mais en définitive peu changée.

Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que Masuer ne parle que du régime dotal; il donne, au titre *de societate*, quelques renseignements sur la communauté entre époux, particulièrement pratiquée à Thiers. Il dit expressément : « *In aliquibus locis et*
« *terris hujus partiæ est talis consuetudo videlicet,*
« *quod vir et uxor sunt communes in bonis mobili-*
« *bus, etiam in conquestibus factis constante matri-*
« *monio....* » (2).

Mais comment expliquer l'existence d'un tel régime, dans une province généralement dévouée à

(1) Pour garantir la restitution de la dot, son estimation ou le remploi qui en a été fait, la Coutume donne à la femme une hypothèque : « *Mulier pro facto viri sui nullatenus potest obligari, nec etiam renentiare obligationi seu hypothecæ quæ sibi competit ob causam dotis, seu alias, quia, etc...* » Masuer titre 30, de oblig. parag. 4. Et plus loin : « *Si mulier renuntiaverit obligationi et hypothecæ...* » parag. 15.

C'est une hypothèque privilégiée parce qu'elle remonte au contrat de mariage et non pas seulement au paiement de la dot (parag. 31, id.). Masuer n'est pas sûr que ce privilège que la femme possède pour la restitution de sa dot s'étende aussi à l'augmente de dot.

(2) Masuer, de societate, titre 29, parag. 1.

la dotalité romaine ? Une courte étude des communautés taisibles en Auvergne pourra seule nous fournir quelques éclaircissements.

DES COMMUNAUTÉS TAISIBLES

Les communautés taisibles ou associations de paysans vivant à même pot et feu, ont existé très nombreuses dans toute l'ancienne France. Elles se sont formées à l'époque féodale, d'après l'opinion généralement admise, et elles ont été des produits des nécessités sociales du moment (1). L'individu isolé se sentait faible et désarmé dans une société où tout était laissé à l'arbitraire et à la violence; il se rapprocha tout naturellement de ses compagnons de misère, et les premières associations s'organisèrent sous les murs du château seigneurial. Le seigneur trouva son profit dans cette combinaison; il l'encouragea même en concédant ses terres aux communautés naissantes dont il perçut désormais très régulièrement les redevances. En échange de ces avantages, il ne tarda pas, sous l'influence de

(1) « Bien que ces associations remontassent par leurs origines à une époque antérieure à la féodalité, elles eurent à ce moment et dans les siècles qui suivirent, un rôle considérable... La terre était divisée en vastes domaines dont la mise en valeur ne pouvait se concevoir et se réaliser qu'avec un système spécial de concessions aux classes rurales : aussi les propriétaires de ces domaines, les seigneurs, abandonnèrent-ils aux laboureurs la jouissance presque perpétuelle des terres concédées, sous la condition de vivre en famille, en commun. » (Origine du développement de la main-morte et du bordelage en Nivernais). M. Nicolle — les communautés de laboureurs dans l'ancien droit.

l'Eglise, à accorder aux membres de la communauté le droit de succession entre eux, à la condition qu'ils appartenissent à la même famille.

Ainsi, la communauté taisible eût, à ses débuts, un double caractère : ce fut une organisation sociale ; ce fut une espèce de famille aggrandie : « Il ne « faudrait pas croire, dit un auteur, que ce genre « de vie fut le corollaire du servage. En Nivernais, « de toute antiquité, la célèbre communauté des « Jault était composée d'hommes libres » (1).

Au temps de Beaumanoir, les associations taisibles ont atteint leur complet épanouissement et elles ont gardé leur caractère de société de fait : aucun écrit ne constate donc encore leur existence et ne prévoit de convention entre associés : « Le quarte « manière par quoi compaignie se fet, si est le plus « périlleuse et dont j'ai veu plus de gens deceus ; « car compaignie se fet, par nostre coustume, par « solement manoir ensanlle, à un pain et à un pot, « un an et un jor, puisque limeuble de l'un et de « l'autre sont mellé ensanlle... » (2).

Au xv^e siècle, Masuer n'exige, pour la validité de l'association, que deux conditions : les parsonniers doivent être majeurs ; ils se doivent communication de tous leurs profits et revenus (3).

(1) Marcel Nicolle, op. cit. pages 54-55.

(2) Beaumanoir, Cap. XXI, page 302, ed. Beugnot.

(3) Masuer, de soc. N° 14 : « Item duo aut plures hæredes simul morando et negotiando videntur re ipsa contrahere tacitam societatem omnium honorum, si lomnes sint majores, et negotiantur simul, et lucra communicent et fructus rerum quæ prius non erant communes, nec communiter acquisitæ... » A cette époque encore, pour la formation d'une communauté taisible, il faut le délai d'an et jour.

Mais ce régime de faveur ne devait pas durer longtemps. La rédaction d'un écrit parut bientôt d'une nécessité évidente; et successivement l'Ordonnance de Moulins, l'Ordonnance de 1667 et celle de 1673 exigèrent cette formalité pour l'organisation de l'association. Celle-ci, dès 1560, perdit donc, avec son nom de *taisible*, son caractère économique et social : « Au xvi^e siècle, on perdait de vue l'idée conservatrice qui avait présidé à l'essor des communautés. On ne voyait plus en elles qu'une variété du contrat de société. Dès lors, il fallait bien lui en appliquer les règles, les seules connues à cette époque, celles qui venaient du droit romain. Or, le droit romain exigeait un écrit pour constituer une société.... » (1).

Mais déjà, à cette époque, la coutume d'Auvergne s'était occupée des communautés pour les régler; et c'est chez elle qu'il faut chercher les caractères de ces associations.

La Coutume témoigne une grande faveur pour elles et n'exige d'elles que deux choses : 1° les membres de la future communauté doivent, pour bénéficier des avantages légaux, dresser un acte de constitution de la société; 2° cette société doit être universelle.

La co-habitation continuelle n'est pas de rigueur entre parsonniers : « La Coutume d'Auvergne admit que la seule demeure séparée n'induisait pas le partage ». Chabrol rapporte que Prohet décidait que : « si les communs habitent en différentes mai-

(1) Ch. Nicolle, page 60.

« sons, pourvu qu'ils vivent en commun, et qu'ils
« aient même pain et sel, le partage n'est pas pré-
« sumé » (1).

La coutume a continuellement distingué deux conventions pour lesquelles elle a réservé ses dispositions les plus favorables : le contrat de mariage d'une part, et le contrat d'association universelle de l'autre. Qu'il suffise pour s'en convaincre de prendre au hasard un article de la Coutume : « Et combien que
« par ladicte coustume de donner et retenir, ne va-
« lent rien néanmoins en deux contracts; c'est assa-
« voir, de mariage et d'association universelle, telles
« donations et dispositions sont bonnes ». Et Chabrol (2), commentant cet article, ne manque pas de dire :
« Partout elle (la coutume) assimile ces deux actes;
« elle leur donne à peu près la même faveur; c'est
« relativement aux associations un principe parti-
« culier à cette coutume. » La seule différence de traitement qu'on puisse signaler entre ces deux contrats, c'est que l'institution d'héritier, portée par contrat de mariage, n'est pas révoquée par survenance d'enfant, tandis que : « convenances de succé-
« der, apposée en contrat d'association, sont révo-
« quées entièrement par survenance d'enfans, sinon
« qu'il soit expressément dit... ». (Article 190). La réserve posée à la fin de cet article fut bien vite exploitée en Auvergne, et la Convention que l'institution d'héritier aurait lieu malgré la survenance d'enfants, devint une clause de style (3).

(1) Id. page 79.

(2) Chabrol, tome 2, page 318.

(3) Cette faculté de non revocation fut supprimée par l'ordonnance de 1731.

Quoiqu'il en soit des dispositions de la Coutume, en ce qui concerne les sociétés, il y eut toujours des communautés taisibles, véritables, qui se formèrent et vécurent en marge de la loi, sans réglementation apparente. Comme aux époques primitives, à l'exemple également de ce qui se passait dans les associations légales, tous les biens des parsonniers étaient mis en commun : « Ces communautés étaient de véritables républiques, présidées par un maître, qui, dans les soins de son gouvernement, recourait volontiers à la sagesse d'un aréopage composé de vieillards... pour le seconder dans ses fonctions, surtout dans celles qui demandent des aptitudes propres à un autre sexe, le maître était assisté d'une femme appelée maîtresse... le maître, le chef de chateau, comme on le nommait parfois, était désigné par les suffrages de ses co-parsonniers » (1).

A ce chef incombait toute l'administration de la communauté. Il était armé pour cela de pouvoirs très étendus. Sur les membres de l'association, il avait une puissance semblable à celle du père sur ses enfants. Quant aux biens de la communauté, c'était lui qui en dirigeait l'exploitation, qui passait tous actes en son nom, pour le compte des co-associés; c'était lui qui recevait le prix des aliénations d'immeubles, celui des ventes de récoltes. A la fin de chaque année, il établissait son bilan et fixait la part de bénéfices à laquelle chaque membre avait droit. Enfin il était chargé de représenter la com-

(1) M. Nicolle, pages 92 et 95.

munauté dans toutes ses relations avec les tiers ou avec les associations étrangères (1); et plus particulièrement il négociait avec le maître d'une autre société les mariages qu'on pouvait raisonnablement projeter entre les membres des deux associations, sans risquer de les affaiblir (2).

« La vie commune était de tous les instants : non
« seulement les repas se prenaient et le travail se
« faisait en commun, mais les parsonniers passaient
« la nuit sous le même toit, souvent même dans la
« même salle qui servait à la fois de cuisine, réfec-
« toir et dortoir » (3).

« De telles coutumes ne se perdent pas du jour au
« lendemain. Elles expliquent assez la longue per-
« sistance des communautés en Auvergne. Une
« ordonnance, un article hostile du code ne suffisent
« pas toujours pour détruire des institutions sécu-
« laires, basées sur les mœurs, quand ces mœurs
« sont, comme dans nos montagnes d'Auvergne,
« longtemps restées pures de tout esprit de nou-
« veauté... N'ayant pas de constitutions écrites, la
« tradition seule et le sentiment religieux for-
« maient le contrat social des communautés... » (4).

(1) L'usage qui existe encore dans certaines régions de l'Auvergne, et surtout en Bourbonnais, d'appeler « maîtres » les gros fermiers ou propriétaires est certainement un souvenir des anciennes traditions.

(2) Dans ce cas, on procédait à des échanges, voilà pourquoi il n'est pas rare de voir dans les communautés plusieurs mariages le même jour. En 1716 celle des Ferrier procède à quatre mariages.

(3) M. Nicolle, page 106.

(4) Abbé Gueslon, pages 336, 337.

Et en effet, les communautés taisibles ont survécu, pourrait-on dire, à la persécution de nos lois fiscales modernes. Plusieurs d'entre elles, comme celles des Coste, des Bourdier-Thuel-Chassaigne (1), ne se sont dissoutes qu'en 1812; la puissante communauté des Ferrier a duré jusqu'en 1897 (2).

C'est dans ces communautés taisibles, qui ont existé en Auvergne depuis l'époque la plus reculée du Moyen-âge, qu'il faut chercher l'origine de la communauté entre époux en Auvergne.

Nous savons que ce régime matrimonial n'a pas été très en faveur dans cette province, et la Coutume, qui a longuement réglementé le régime dotal, ne s'est guère occupé d'organiser celui de la communauté. Les rédacteurs se rendaient compte sans doute que ce régime n'était ni dans les traditions ni dans les

(1) Nous devons à l'obligeance de M. l'abbé Thuel-Chassaigne, curé des Martres, beaucoup de renseignements précieux sur l'organisation des communautés taisibles.

(2) Voici ce que l'abbé Gueslon, page 348, dit au sujet de cette « communauté : « En 1854, renouvellement de la société pour
« 50 années à l'occasion des mariages de cinq garçons et cinq
« filles, voici la teneur : entre les comparants, il y aura société
« universelle, même des revenus des biens de leur femme. Les
« sociétaires, leurs femmes et leurs enfants co-habiteront, vi-
« vront aux même pot et feu et seront entretenus aux frais de
« la société. Les bénéfices et les pertes seront partagés par hui-
« tièmes égaux. Aucun emprunt fait par un ou plusieurs socié-
« taires n'obligera la société si elle n'en tire profit. Les socié-
« taires se réservent le droit de choisir et nommer parmi eux
« un gérant qui fera seul toutes les affaires de la société, à la
« charge.... de donner à ses co-associés connaissance de tou-
« tes les opérations qu'il fera.... en cas de dissensions et de
« contestations entre associés, veuves, héritiers, ou ayants
« droit deux arbitres choisis par les parties.... en décideront,
« Il en sera de même pour le partage qui aura lieu à la fin de
« la société. »

mœurs, et qu'il ne pouvait logiquement exister en Auvergne que dans les régions où florissaient les communautés taisibles. Par égard pour ces contrées, ils n'interdisent pas aux futurs époux l'adoption de ce régime; ils l'autorisent même implicitement, lorsqu'ils supposent une association entre époux, avec convenance de succéder.

Le régime de la communauté a été connu et pratiqué dans tous les pays qui ont eu des associations taisibles, et en Auvergne, c'est dans la région Nord et Nord-Est qu'il a été uniquement employé. Déjà Masuer, au xv^e siècle, pouvait en définir les caractères : « *Excepto quod in aliquibus locis et terris* »
« *hujus patriæ est talis consuetudo, videlicet, quod* »
« *vir et uxor sunt communes in bonis mobilibus,* »
« *etiam in conquestibus factis constante matri-* »
« *monio...* ».

Le régime de communauté a donc, en Auvergne, un double caractère : 1° il est une conséquence nécessaire du développement des associations taisibles; 2° il n'est pas organisé d'une façon originale; tout au contraire, il est emprunté à la fois à la Coutume de Bourbonnais et à celle de Paris.

On perçoit que de très bonne heure l'association entre époux est confondue avec l'association taisible. Beaumanoir lui-même parle de la communauté entre époux au milieu du chapitre : « *Coment com-* »
« *paignie se fet* » (1). Enfin, c'est au titre *de societate* que Masuer, à son tour, y fait allusion. Sur

(1) De plus un grand nombre de Coutumes ne font commencer la communauté entre époux, qu'au bout d'un an et un jour de co-habitation.

l'origine de la communauté, voici ce que dit, du resté, un savant auteur : « Mais, si l'origine de la
« communauté est plus ancienne que la féodalité,
« il n'en faut pas conclure, à notre avis, que le puis-
« sant mouvement d'association qui caractérise
« l'époque féodale, ait été sans influence sur le déve-
« loppement de la communauté conjugale en
« France. L'esprit d'association règne partout à
« cette époque, dans les campagnes, parmi les gens
« de mainmorte, dans les villes, dans les bourgs et
« villages, parmi les roturiers : les manses serviles,
« les communautés de pain et de pot qui s'établissent
« même entre étrangers qui ont vécu pendant
« un an et jour sous le même toit, devaient faire
« admettre bien facilement l'idée de la communauté
« entre époux, c'est-à-dire entre personnes qui, non
« seulement vivent ensemble, mais qui sont unies
« par les liens les plus étroits » (1).

En Auvergne, avons-nous dit, la communauté entre époux n'a rien d'original. Elle est empruntée entièrement au régime coutumier. Les époux sont communs en meubles et conquêts; le mari est seigneur et maître du patrimoine commun, mais il ne peut pas aliéner ou engager les biens de la femme au delà du montant de sa dot; en d'autres termes, il n'a que l'administration et la jouissance des propres de la femme. A la dissolution de l'union conjugale, la femme a le droit de renoncer à la communauté. Citons, à ce sujet, l'article 4 de la Coutume de Cusset : « Est au choix de ladite femme survivant

(1) Guillouard. Du contrat de mariage, tome 1, page 30.

« de renoncer aux meubles de son mari, pour demeurer quitte et déchargée des dettes de sondict mari, pourvu qu'elle ne soit immiscuée esdicts meubles. »

Nous avons jugé bon d'insérer, à titre d'exemple, en fin de ce travail, deux extraits de contrats de mariage adoptant le régime de la communauté, pour bien montrer que, dans les cas très rares où nos ancêtres ont eu besoin d'établir la communauté dans leurs contrats de mariage, ils ont dû aller en chercher les règles dans une coutume voisine, comme celle du Bourbonnais ou dans une coutume générale comme celle de Paris.

PREMIÈRE SECTION

DES RAPPORTS PERSONNELS ENTRE ÉPOUX

CHAPITRE PREMIER

De l'autorité maritale

- I. Quel est son fonctionnement.
- II. Quelles sont ses limites.

I

L'autorité maritale peut être définie dans la coutume d'Auvergne : la puissance établie au profit du mari, à l'occasion de la constitution de dot et sous laquelle tombe la femme lors de ses fiançailles ou lors de son mariage.

Cette autorité maritale est assez complexe, puisque dans sa formation entrent à la fois des éléments germaniques et des éléments romains. Elle n'est, en somme, que l'ancienne puissance maritale romaine fortifiée par l'idée du *mundium* franc.

L'antique *manus*, qui, par ses effets, était plus énergique que le *mundium*, avait disparu dès les premiers siècles de l'empire, et la législation justinienne ne s'en occupe pas : dans le dernier état du droit, l'autorité maritale ne semble reposer que sur le fait de la constitution dotale, et encore cette constitution dotale est-elle considérablement diminuée ;

le mari n'a plus que l'usufruit de la dot, et ses pouvoirs ne s'étendent que sur les biens expressément constitués en dot (1); la femme reste dans sa famille, car le seul moyen qui put la faire passer dans celle de son mari, et donner à celui-ci sur la femme des pouvoirs souverains, la *manus* a disparu. Le mari en somme, ne paraît être que le gérant et l'usufruitier provisoire d'une dot; pour qu'il puisse accomplir sa mission au mieux de ses intérêts et tirer de la dot les revenus suffisants à l'entretien du ménage, il a certains pouvoirs : celui d'aliéner et d'hypothéquer la dot mobilière (2), parce que celle-ci est composée de choses fongibles et que, par sa nature même, elle peut et doit être un puissant instrument de crédit; celui de vendre l'immeuble dotal qui a été estimé, parce qu'à Rome, l'estimation vaut vente. Mais

(1) L'article 148 de la Coutume fournirait à lui seul la preuve que la femme est propriétaire du *fundum* dotal « biens dotaux » retournent à la femme ou à ses héritiers, le mariage dissolu; et en est ladite femme quant aux immeubles, saisie ou « ses héritiers, sans autre appréhension de faits ». Ceci n'est vrai bien entendu que des biens qui sont restés en la possession du mari : pour ceux qu'il aurait aliénés, la femme ou ses héritiers auraient contre l'acquéreur ou le tiers détenteur l'action en désistement. Mais cette restriction faite il ressort de cet article que la femme est bien propriétaire de la dot et non pas créancière ; l'échéance du terme (ici, la dissolution du mariage) ne donne pas au créancier un tel droit. Les termes employés par Chabrol, t. 2, p. 269, justifient notre opinion : « Aussitôt après la dissolution du mariage, la femme, dont le mari est prédécédé, où les héritiers de la femme, si elle est morte la première, rentrent, de plein droit, en la possession des biens immeubles qui composaient la dot; ils continuent la possession du mari ou pour mieux dire, c'est la même session, puisqu'ils ne jouissaient que pour sa femme, *non mine uxoris* ».

(2) Le mari est alors véritable propriétaire de la dot mobilière. De nos jours, il a les pouvoirs d'un quasi-usufruitier.

sa puissance maritale est assez exactement modelée sur les pouvoirs d'un usufruitier, et il n'a d'autorité sur sa femme que parce qu'elle est sa pensionnaire et dans la mesure où elle l'est.

II

Le *mundium* (1) germanique a apporté certaines corrections à cet état de choses; il est venu fortifier l'autorité maritale et si, en Auvergne, la maxime n'est pas admise : « Mais voirs est que tant comme
« ils vivent ensemble li hons en est mainburnis-
« sières, et convient que la feme suefre et obeisse de
« tant comme il appartient à lor mueble et as des-
« puelles de lor héritages; tout soit ce que li feme
« y voie se pertè tout apertement, si convient-il
« qu'ele suefre le volonté de son seigneur » (2), du moins, en élargissant le principe de la constitution de dot, en faisant de la dotalité la règle, on a élargi par là même la puissance maritale. La femme n'a de pouvoirs que sur les biens qu'elle a expressément retenus lors du contrat de mariage (3); ils sont généralement peu nombreux, tandis que, de droit, la dot constituée par le père, les institutions contrac-

(1) D'éminents auteurs contestent que le *mundium* ait jamais existé en Germanie. M. Lefebvre (Introduction au droit des gens mariés), refuse texte en mains de reconnaître l'existence d'une puissance maritale chez les Francs.

(2) Beaumanoir, chap. 21, page 302, éd. Beugnot.

(3) Nous verrons plus tard, en étudiant la clause de paraphernalité, que cette idée n'a pas été poussée en Auvergne jusqu'à ses dernières conséquences, et que la présomption de dotalité n'englobe point à la fois les biens présents et à venir de la femme.

tuelles fréquentes, faites au profit de la femme ou de ses descendants, passent au pouvoir du mari. Et si la femme en garde la nue propriété, du moins ne peut-elle pas agir au pétitoire, sans que, même sur ce terrain, l'autorité du mari ne se manifeste sous la forme d'une autorisation *ad agendum*.

Il est regrettable que la Coutume ne nous donne pas, comme les coutumiers de l'époque précédente, de renseignements précis sur l'autorité maritale s'exerçant, en cas de faute ou de délit de la femme, par le droit de correction : « Loin de recommander aux maris d'avoir pour leurs femmes les égards auxquels elles ont droit, les vieux textes leur reconnaissent le droit de les battre raisonnablement. On peut lire dans les anciennes éditions du Dictionnaire géographique de Vosgien qu'Humbert IV, sire de Beaujeu, permit aux habitants de Villefranche qu'il avait fondée « de battre leurs femmes jusqu'à effusion du sang ». Quant aux maris qui se laissaient battre par leurs femmes, ils étaient l'objet du mépris public « ils sont contrains « et condempnez à chevauchier un asne le « visage par devers la queue dudit asne. » (Coutumes de Senlis, de Saintonge et de Dreux). Renchérissant à cet égard, l'ordonnance de 1337 érige en loi le droit du mari; la correction, si énergique qu'elle soit, ne tire jamais à conséquence si le mari ne tue pas sa femme ou ne lui casse pas un membre » (1).

(1) Augée-Dorlhac. De la condition juridique des enfants naturels. Arth. Rousseau, 1891.

Evidemment, nous savons que notamment au point de vue de l'adultère, la faute la plus grave que la femme puisse commettre, nos anciennes coutumes étaient loin d'avoir la même sévérité que le droit germanique : comme nous l'avons signalé pour Besse et Aigueperse, au XIII^e siècle, la punition consiste, pour la femme, à courir nue à travers la ville, ou si elle le préfère, à payer une faible amende.

Un autre attribut de la puissance maritale que la Coutume ne signale pas non plus expressément, mais que l'on peut facilement déduire des termes de l'article 139 : « Femme mariée ou fiancée est en « la puissance de son mari, ou fiancé.... », c'est le devoir pour la femme de co-habiter avec son mari et de le suivre partout où il lui plaira de résider. Mais enfin, ce ne sont pas les termes formels de d'Argentré commentant l'ancienne coutume de Bretagne : « *Quia (maritus) retinere et castigare uxorem « debet »* (1).

Enfin, un autre effet de la puissance maritale, c'est d'influer sur la condition civile de la femme; le mari impose, transmet à sa femme sa condition sociale. Déjà Masuer avait pu dire : « *Mulier claris « et nobilibus orta natalibus si plebeiis nuptis copu- « letur, parentum claritudine non gaudet, sed ut « plebeia habetur... etiam mortuo jam marito : nam « in viri demortui loco et conditione persisteret cen- « setur... et unaquæque mulier sequitur verum « suum sive in vita, sive in morte »* (2). C'est la

(1) Art. 423, gl. 2, n° 5.

(2) Masuer. Titre de Nobil, parag. 13.

maxime posée par Loysel : « Femme franche est anoblée par son mari, même pendant son veuvage ».

En revanche, le mari, s'il n'est pas anobli par son mariage avec une femme noble, peut cependant, en vertu de sa puissance maritale, jouir de toutes les prérogatives que lui donne sur le fief la constitution dotale; il en rend les services, l'administre et en perçoit librement les revenus : ainsi, il peut lever sur les serfs qui peuplent le fonds dotal la taille dans les cas prévus par la Coutume. Mais il n'aurait pas les mêmes pouvoirs sur les fiefs adventifs ou paraphernaux de la femme, au cas où celle-ci lui en aurait bénévolement laissé l'administration et la jouissance. La raison en est toute claire : la Coutume n'a accordé ces droits au mari que sur les terres dotales, et de plus, le mari n'est pas seigneur des biens paraphernaux.

Nous aurons, dans la suite, de fréquentes occasions de constater que l'autorité maritale, dont le ressort a été considérablement augmenté par la présomption germanique de la dotalité universelle, se modèle dans notre coutume sur la même règle que dans la législation justinienne, à savoir que la puissance maritale existe, à peu de choses près, dans la mesure où le contrat de mariage lui permet d'exister, c'est-à-dire qu'elle a, à la fois, comme raison d'être et comme limites, la constitution dotale elle-même.

CHAPITRE II

Autorisation maritale

I. Cas où elle est nécessaire.

II. Autorisation de justice, avis des parents.

I

On pourrait définir, en Auvergne, l'autorisation maritale, la manifestation juridique et temporaire de l'autorité maritale.

Si la femme peut disposer librement de ses biens adventifs et paraphernaux, elle est en complète sujétion vis-à-vis du mari pour tout ce qui touche à sa dot. Le mari, dès le moment de la constitution dotale, a contracté de graves obligations : celle d'alimenter le ménage avec les revenus de la dot ; celle de conserver intact ce patrimoine dont on lui a confié temporairement la jouissance ; celle de le rendre dans la mesure rigoureusement exacte où il l'a reçu. Mais comme il n'est qu'usufruitier et que la femme a conservé la *nuda proprietas*, c'est elle qui, en qualité de véritable propriétaire, est appelée à agir ; c'est encore la femme qui intervient en cas d'absence du mari, en cas de séparation de corps ou de biens. Il importe donc que le mari contrôle, dans la mesure du possible, sanctionne, ou mieux complète, par son intervention, la capacité de la femme.

Ainsi l'autorisation maritale interviendra toutes les fois que la femme aura à agir en justice pour ses biens dotaux, s'il s'agit bien entendu d'actions immobilières, d'actions réelles et pétitoires, car,

pour ce qui est des actions mobilières, le mari seul en a l'exercice. Le mari autorisera encore sa femme lorsqu'il y aura lieu pour elle de participer à un partage où les biens qui formeront sa portion seront dotaux, ce qui arrivera par exemple quand la femme se sera, lors du contrat de mariage, constitué en dot ses biens présents et à venir. Il l'autorisera à plus forte raison lorsqu'elle aura à prendre parti dans la succession d'un parent qui l'avait instituée héritière dans son contrat de mariage. Enfin l'autorisation maritale s'exercera en cas de vente par la femme de ceux de ses biens dotaux qui sont situés dans une coutume en permettant l'aliénation.

Tels sont les cas les plus fréquents dans lesquels le mari est appelé à donner son autorisation; dans lesquels il vient rattacher pour un moment ce démembrement de la propriété qu'il possède, l'usufruit, à la nue propriété conservée par la femme.

Mais sous quelle forme le mari accorde-t-il son autorisation ? Certes, il peut la donner et il la donne la plupart du temps expressément, c'est-à-dire par écrit et par acte reçu par un tabellion du lieu. Cependant, dans les cas où la femme agit en justice, il est d'usage de faire figurer dans les actes de procédure à côté du nom de la femme celui du mari avec la mention « qui l'autorise »; on peut encore déduire l'autorisation du mari du fait qu'il est présent à l'audience, qu'il fait une déposition ou qu'il communique des conclusions à l'avocat de sa femme. Également, en cas de partage, le mari assistant aux opérations, en donnant sa signature au bas de l'acte qui les constate, est considéré par la même comme ayant donné son autorisation. D'ailleurs

pendant longtemps s'est perpétué l'usage en Auvergne que le mari procédait seul au partage; cette coutume était une anomalie, car elle allait directement à l'encontre du principe parfaitement reconnu que la femme était propriétaire du fonds dotal et qu'en vertu de son droit réel elle avait seule qualité pour agir.

II

Quoi qu'il en fût, il y avait des cas dans lesquels ou bien l'autorisation maritale ne pouvait être donnée : le mari était absent ou fou; ou bien elle n'était pas suffisante : le mari était mineur; ou bien enfin elle était remplacée par ce que l'on appellerait maintenant une autorisation légale.

Dans le premier cas, allait-on, parce que le mari était dans l'impossibilité de manifester sa volonté, empêcher la femme de procéder à des actes nécessaires comme un partage, une acceptation ou une renonciation à succession; et aussi à des actes qui peuvent être très utiles à la conservation de la dot, comme le serait une transaction ? « Personne
« n'ignore quels sont les dangers, les inconvénients,
« l'incertitude (des procès) et combien ils sont dis-
« pendieux : cependant si la femme ne peut pas
« transiger, il devient indispensable qu'elle par-
« coure les tribunaux; que ses intérêts soient réglés
« par des sentences et par des arrêts: ce serait sou-
« vent un moyen de lui faire perdre ses biens, sous
« prétexte de les lui assurer plus solidement » (1).

(1) Chabrol, t. 2, p. 204.

Sans doute pour le partage, la femme avait la ressource du partage judiciaire : mais nous venons précisément de faire ressortir les obstacles qui l'empêchaient de s'engager dans cette voie ; et tout le monde sait que maintenant encore le partage judiciaire ne laisse aux co-partageants « que le sac et les quilles ». Peut être les co-partageants pouvaient alors procéder comme aujourd'hui, par voie de partage provisionnel, c'est-à-dire s'attribuer uniquement l'usufruit de leurs lots, en attendant le retour du mari ou sa guérison. Peut-être également pouvaient-ils opérer le partage en se portant garants vis-à-vis de la femme de la juste proportion des biens mis à son lot ? Enfin plus sûrement la femme se faisait nommer un curateur, prenait l'avis du conseil de famille et sollicitait l'autorisation des juges ; c'était la procédure que l'on suivait ordinairement pour la vente des biens de mineurs. Grâce à ces formalités, la femme pouvait non seulement procéder aux actes que nous avons indiqués, mais encore à l'administration du fonds dotal, en cas d'empêchement absolu du mari (1).

Dans le second cas, quand le mari était mineur (et la Coutume faisait l'âge de la majorité à vingt-

(1) Chabrol, t. 1, p. 80, d'accord avec Basmaison, dit nettement : « On a demandé si dans les affaires qui requièrent « célérité, la femme pouvait agir pour son mari, ou le mari « pour sa femme... » ce droit » appartient même aux conjoints et alliés, en cas d'absence, dans les affaires urgentes « et nécessaires ; par exemple, si une faculté de rachat est sur « le point d'expirer, si une obligation est à la veille de se pres- « crire, si la commise d'un fief est sur le point d'être encourue... »

cinq ans pour les hommes, son autorité n'était pas absolue et les autorisations qu'il donnait à sa femme avaient besoin d'être renforcées de celle du curateur, s'il était émancipé, ou de celle de son père (c'était le droit commun en théorie et non pas en pratique) lorsqu'il n'avait pas été expressément émancipé lors de son contrat de mariage. Il fallait en outre ce qu'on appelait alors un décret de juge et ce que nous appelons maintenant autorisation de justice. En sens inverse, quand c'était la femme qui était mineure, l'autorisation du mari quoique majeur ne suffisait pas pour habilitier la femme; celle-ci devait, pour les actes les plus importants, vente, transaction, obtenir en outre l'assentiment de son curateur.

Enfin dans le troisième cas, l'autorisation matrimoniale était suppléée par une autorisation légale de vendre le bien dotal en cas d'absolue nécessité ou toutes les fois que la condition de la femme ne paraissait pas en devenir plus mauvaise. Ainsi, sans autorisation du mari, avec la permission de la Coutume, la femme, à condition toutefois d'avoir un décret conforme du juge et un avis des parents, pouvait aliéner, dans le sens le plus large du mot, son bien dotal : « En cas de nécessité pour les alimens « d'elle, son mary et enfans, ou pour rachepter son « mary de prison ». (Article 144) (1).

(1) Dans la Haute-Auvergne, c'est-à-dire dans la partie proprement dite de droit écrit, on suivait les mêmes règles. « L'usage des pays de droit écrit d'Auvergne, surtout de la Haute-Auvergne, est que les femmes mariées disposent journellement, à titre de donation, de leurs biens dotaux, en faveur

En somme il ressort de plus en plus que la puissance maritale est extrêmement limitée en Auvergne. Après avoir montré qu'elle se renferme dans la constitution dotale, nous la voyons attaquée jusque dans son propre domaine, contrariée sans cesse par la règle de la non-émancipation des fils, contrebalancée, supplantée même par les autorisations de curateur ou de juge. Mais ce recul de la puissance maritale ne marque pas un progrès dans la capacité civile de l'épouse; ce qui est échec d'un côté n'est pas nécessairement victoire de l'autre. La capacité de la femme n'a pas grandi dans la mesure où la puissance maritale diminuait : elle n'a même pas reçu d'amélioration sensible.

« des mariages de leurs enfans, fils et filles ». Chabrol, t. 2, p. 246. Et plus loin : « Le droit commun est conforme : les loix « 20 et 21 ff. sol. matr., supposent que la femme peut vendre, « pour tirer de prison les personnes qui lui touchent de près : « la loi 19 ibid l'y autorise pour ses frères et proches, à plus « forte raison pour son mari. Catelan en rapporte deux arrêts « du parlement de Toulouse, des 5 Janvier 1679 et 24 Janvier « 1680 ». Chabrol, ibid., p. 247.

CHAPITRE III

Capacité de la Femme mariée

- I. Émancipation.
- II. La femme marchande publique.
- III. La femme séparée.

I

Si nous avons dit qu'autrefois la fille, qui se fiançait, ou se mariait, ne sortait pas de la puissance paternelle, nous avons pu constater qu'au temps de Masuer, le mariage émancipait déjà la femme ou du moins que la clause d'émancipation dans le contrat de mariage était devenue d'un usage courant. La Coutume, en consacrant formellement le principe d'émancipation de la femme par fiançaille ou mariage, fournit les premiers éléments de la capacité de l'épouse. Si les fiançailles viennent à se rompre, si le mariage se dissout par la mort du mari, la femme jouit d'une complète indépendance, « elle demeure « dame de son droict » (Article 140). Mais durant le mariage, on ne peut poser le même principe : la femme, il est vrai, est sortie de la puissance paternelle, mais ça a été pour passer sous la puissance maritale; sans doute, la Coutume surveille continuellement l'exercice de cette puissance, sans doute elle la diminue ou la détruit à l'occasion, mais c'est pour la remplacer par des autorisations

plus difficiles à obtenir. Au lieu de s'adresser au mari seul la femme doit obtenir l'auctoritas de son curateur, recueillir l'avis des parents, solliciter le décret de justice ! Ne vaut-il pas mieux n'obéir qu'à une seule direction que subir plusieurs contrôles ?

Enfin la coutume en posant la règle de la dotalité universelle, a presque annihilé théoriquement la capacité de la femme. Si la constitution de dot est générale (1) ou si, ce qui revient absolument au même d'après le principe coutumier, tout ce qu'elle possède ou tout ce qu'on lui donne au moment du mariage est considéré, sauf stipulation contraire expresse, comme dotal, la capacité de la femme sera à peu près nulle. Que lui restera-t-il ? Le droit d'aliéner sa dot contre récompense certaine ; celui de doter ses enfants avec un quart de sa propre dot ; celui de tester sur ce même quart ; et c'est à peu près tout.

Mais il arrive souvent que le contrat de mariage élargit la capacité de la femme en lui reconnaissant des biens paraphernaux. Fréquemment aussi pendant le mariage, la femme voit sa capacité augmenter, en se faisant marchande publique. Enfin, indépendamment de toutes les clauses favorables à la liberté civile de la femme qui peuvent être insérées dans le contrat de mariage, des pouvoirs que le mari lui laisse parfois exercer dans le ménage, la femme a sa capacité considérablement accrue par

(1) Au moins pour les biens présents, car nous verrons au chapitre du contrat de mariage, que la présomption de dotalité ne frappe point les biens à venir.

la séparation de biens qui est pour elle une seconde émancipation.

Lorsque le contrat de mariage contient une réserve de paraphernaux, il donne ainsi à la femme un patrimoine à part, sur lequel elle a tous les droits, dont elle est dame et maîtresse, selon l'expression constante de la Coutume. Elle peut l'administrer à sa guise; elle en perçoit pour son propre compte les revenus; le vend, le donne à un étranger; l'oblige en faveur de la dette d'autrui, à condition de renoncer préalablement au Velleien. Ainsi, encore sur ce terrain prévaut l'idée si chère aux Romains que le plus grand ennemi de la femme, c'est son mari; et pour empêcher l'épouse d'être trompée et d'être volée par ce dernier, on lui ôte toute capacité d'agir à son égard. C'est ce qui a permis à un auteur de dire : « . . . en Auvergne, par une distinction contraire et plus conforme aux traditions romaines, c'est l'intercession au profit du mari que la loi frappait avec plus de rigueur » (1). Et c'est cette règle formulée nettement par Masuer (2), que la coutume en son article 236 pose plus énergiquement encore : « Femme constant le mariage ne se peut obliger
« pour le faict de son mary, ni de celui ou ceux à qui
« sondict mary puisse succéder, ne aussi renoncer
« aux obligations et hypothèques à elle apparten-
« nans ». Non seulement c'est l'incapacité velleienne qui est maintenue dans toute sa rigueur; mais encore la Coutume défend à la femme de disposer en faveur

(1) Gide, op. cit. p. 393.

(2) Masuer, XXIX. 12.

de son mari « tant de ses biens dotaux que autres ». (Lisez : biens adventifs et paraphernaux), soit par testament (article 95), soit par donations entre vifs. Ce principe posé, parce que nous aurons continuellement l'occasion d'en faire l'application et d'en tirer les conséquences lorsque nous étudierons les rapports pécuniaires entre époux, nous n'y insisterons pas davantage maintenant.

II

La capacité de la femme mariée est considérablement accrue lorsqu'elle est marchande publique, tion au principe que la femme ne peut agir en justice à cette occasion la faculté d'ester en jugement seule, c'est-à-dire sans l'autorisation et l'assistance de son mari. Voilà donc une première dérogation au principe que la femme ne peut agir en justice qu'avec l'autorisation maritale. Certains commentateurs ont déduit de la règle coutumière une deuxième dérogation, cette fois au principe que la femme ne peut valablement s'obliger sur son bien dotal. Basmaison en effet proclame la femme marchande publique « mère de famille » et prétend qu'elle peut parfaitement engager sa dot pour les besoins de son commerce. Sans doute si la femme possède des paraphernaux elle contractera en toute facilité avec les tiers car ceux-ci savent qu'elle en est dame et maîtresse; ils passeront sans crainte des contrats avec elle, car ils auront une garantie : ils pourront prendre régulièrement contre elle un

jugement de saisie. Mais si la femme n'a pas de patrimoine propre, si elle n'a que sa dot, les tiers ne consentiront jamais à traiter avec elle, s'ils ne sont pas assurés de l'extension à la dot du principe que les biens répondent des dettes du propriétaire (1). La théorie de Basmaison est inadmissible et l'ancien droit ne lui aurait jamais sacrifié son fameux principe de l'inaliénabilité dotale. Les tiers d'ailleurs ont une sécurité : ils peuvent s'attaquer au mari qui a régulièrement autorisé sa femme à faire du commerce. Le mari en effet qui est l'usufruitier légal de la dot a des droits certains sur les produits du commerce de sa femme ; si ce commerce est prospère les revenus sont considérablement augmentés ; bénéficiant de l'habileté et du travail de l'épouse, le mari doit, par un juste retour des choses, supporter les conséquences d'un commerce malheureux. « Non seulement la femme qui fait un commerce séparé, peut s'obliger par une conséquence nécessaire pour les suites de ce commerce, mais elle oblige également son mari, s'il l'a connu

(1) Evidemment ce raisonnement a du bon ; mais il n'est pas permis de déduire d'un article qui permet à la femme marchande publique d'ester librement en justice et qui ne permet que cela, une dérogation à la règle d'inaliénabilité dotale. Après tout, les tiers qui traitent avec la femme n'ont qu'à se renseigner : la femme a-t-elle des paraphernaux ; aura-t-elle des biens adventifs suffisants pour répondre de son obligation ? La femme qui n'a que des biens dotaux a-t-elle la permission expresse de son mari pour commercer ? Si oui, ils contracteront en toute sécurité : s'ils ne sont pas payés, ils feront saisir les paraphernaux ; s'il n'y a pas de paraphernaux ou s'il n'y en a pas suffisamment, ils se retourneront contre le mari, saisiront ses biens propres, lui infligeront même la contrainte par corps.

et souffert : on dit communément que le mari est obligé par le tablier de sa femme » (1).

En droit romain, le fils de famille qui a contracté (2) avec un tiers, peut être poursuivi directement par ce tiers ou peut voir son père exécuté soit par les actions de droit civil *institoria* ou *tributoria* soit par les actions prétoriennes *de peculio* et *de in rem versa* (3). Et, dans le Code civil, on trouve une disposition semblable : « La femme si elle est marchande publique peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; et audit cas elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux ». Dans cet article 220, il y a évidemment quelque chose de nouveau : l'autorisation du mari n'est plus nécessaire pour l'engager avec la femme; autrefois, soit dans la coutume de Paris où la communauté était le régime légal, soit dans la coutume d'Auvergne, il fallait que le mari eût « connu et souffert » le commerce séparé de sa femme.

Néanmoins c'était encore une grave atteinte au principe si ébranlé de l'autorité maritale : non seulement, la femme se passait en justice et dans les contrats habituels de l'existence commerciale de l'habilitation spéciale de son mari, mais encore, en le rendant responsable à l'égard des tiers, elle anéantissait, en cas de faillite ou de déconfiture,

(1) Chabrol, t. 1, p. 28.

(2) Bien entendu en dehors de ses pécules *castrense* ou *quasi castrense*.

(3) Ulpien l. 58, parag. 2, D. pro. soc. XVII, 2.

tous les droits du mari sur les revenus dotaux ; elle se soustrayait à la puissance maritale sur sa personne, en laissant le mari, comme c'était alors la jurisprudence courante, subir la contrainte par corps pour dettes commerciales.

III

Une troisième exception à l'incapacité de la femme mariée, c'était la séparation de biens ou la séparation de corps. La femme (1), dont la dot était mise en péril par le mari, l'épouse qui était victime de mauvais traitements ou d'injures graves de la part de l'époux, pouvait demander la séparation. La demandait également le mari qui avait à se plaindre de la conduite de sa femme, et surtout en cas d'adultère : dans cette dernière hypothèse la condition de la femme était notablement aggravée ; d'après la jurisprudence la plus généralement suivie, elle perdait sa dot et son douaire. Masuer, il est vrai, ne s'était prononcé, pour cette solution, que sous certaines réserves : « *Sed an mulier adultera*

(1) « On permit à la femme de réclamer, même pendant le « mariage, la restitution anticipée de sa dot « *propter inopiam* « *mariti* » (Dig. XXIV, t. 3, fr. 24)... C'est de ce précédent historique qu'est dérivée la séparation de biens. On l'avait admise dans notre ancien droit pour les mêmes causes qui, en droit romain, donnaient lieu à la restitution anticipée de la dot. C'est la loi 24, *soluto matrimonio*, que commente Pothier quand il veut étudier ces causes (Communauté n° 510). Elle fut d'abord connue et pratiquée devant les Officialités... ». Planiol, Traité élémentaire du droit civil. Tom. III, p. 362.

« *perdet dotem et lucrum dotis ? Quidam tenent, quod non nisi fuerit a marito repulsa, et con- victa de crimine* » (1).

Mais en prenant les cas assez fréquents où la séparation avait été prononcée au profit de la femme, en songeant que le divorce romain avait été, sous l'influence de l'Eglise, remplacé par la séparation (2) et que celle-ci ne pouvait, sauf le cas d'adultère, être demandée que par la femme, il faut avouer qu'alors la capacité de la femme séparée était de beaucoup augmentée : elle pouvait recevoir sa dot mobilière, de même que maintenant l'article 1449 dit : « Qu'elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner ». Elle avait la faculté d'ester en justice, sans autorisation maritale, à condition toutefois qu'il ne s'agit pas d'immeubles. Séparée de corps, elle avait un domicile différent et n'était plus assujettie à suivre son mari partout où il lui plaisait de résider ; elle échappait ainsi à cette autorité permanente qui s'exerçait sur elle au domicile conjugal et qui se traduisait quelquefois par le droit de correction. En résumé, l'exercice des actions réelles et pétitoires et les aliénations dotales immobilières mis à part, la femme séparée jouissait d'une complète capacité.

Mais ces exceptions faites, si l'on envisage la

(1) Masuer, de dote, titre 14, parag. 5.

(1) « La séparation n'est pas autre chose que le divorce antique amoindri dans ses effets par le droit canonique qui défendait aux époux désunis de contracter mariage avec d'autres personnes... Dans notre ancien droit, la femme seule pouvait demander la séparation. C'était de cette façon que la loi la protégeait contre la force brutale ou contre les abus de l'autorité du mari... » Plagniol, tome 3, p. 209-210.

condition normale de la femme pendant le mariage, on constate que sa capacité civile est bien faible : le principe de la dotalité qui frappe tous ses biens présents lui a fait le plus grand tort ; l'application intégrale du Velleien lui a porté encore un coup plus funeste, en lui interdisant toute intercession, tout engagement pour autrui sur ses biens dotaux ; la prohibition toute romaine également des donations entre époux, lui a enlevé la faculté d'avantager son mari directement ou indirectement même sur ses biens paraphernaux (1). Ajoutons à celà la faveur avec laquelle fut accueillie la théorie romano-canonique « de l'imprudence, de la fragilité, de l'imbécillité de la femme ».

La capacité de la femme n'a donc guère profité de l'abaissement de la puissance maritale : elle est la même que celle de l'épouse romaine au temps de Justinien.

(1) C'est l'application rigoureuse de ces deux principes : prohibition coutumière pour la femme d'avantager son mari ou les héritiers présomptifs de celui-ci ; prohibition velleienne jointe à l'idée toute romaine que le mari est propriétaire de la dot mobilière, qui a porté le plus funeste coup à la capacité de la femme. L'aliénabilité de la dot mobilière a été reconnue pour le mari ; on a refusé la même faveur à la femme.

DEUXIÈME SECTION

DES RAPPORTS PÉCUNIAIRES ENTRE ÉPOUX

CHAPITRE PREMIER

Du Régime dotal Auvergnat

- I. Régime à la fois légal et conventionnel.
- II. Son origine.
- III. Sa nature.

I

Si la puissance maritale et l'incapacité de la femme existent, dans tous les cas, il faut reconnaître cependant que la nature du régime influe énormément sur la nature des rapports personnels entre époux. C'est ainsi que si, sous le régime de la communauté coutumière, le fondement de la puissance maritale est dans l'intérêt du bon ordre et de la paix du ménage, sous le régime dotal, elle a son fondement dans la constitution de dot. C'est à ce point de vue que nous l'avons étudiée, car la coutume d'Auvergne ne règle que le régime dotal; c'est lui qui, seul, est employé dans la partie de droit civil, et c'est encore lui qui est presque universellement

admis dans la partie coutumière (1). Le régime de la communauté n'a existé originairement que dans des régions limitrophes du Bourbonnais, et qui, lors de la rédaction de la coutume de cette province y ont été rattachés. On trouve ces rares applications dans la Coutume d'Auvergne à propos de la région de Thiers, assez riche en communautés taisibles, et ce sont ces communautés taisibles qui ont donné naissance à la communauté coutumière : l'Auvergne étant, au moins pour une certaine partie, du ressort du Parlement de Paris, il n'est pas étonnant que la communauté Auvergnate ait empruntée à la coutume de Paris ses règles essentielles.

La Coutume d'Auvergne s'exprime ainsi en son article 141 : « les mary et femme conjointement, ou
« séparément, constant le mariage ou fiançailles,
« ne peuvent vendre, aliéner, permuter, ne autre-
« ment disposer des biens dotaux de ladicte femme
« au préjudice d'icelle; et sont telles dispositions et
« aliénations nulles et de nul effect et valeur, et ne

(1) « La Coutume d'Auvergne est une des rares coutumes qui n'admettaient pas le régime de la communauté entre époux. Dans presque toute la France coutumière, hommes et femmes conjoints par mariage étaient communs en tous biens meubles et conquêts immeubles et fruits des immeubles propres, de même qu'en toutes dettes mobilières, actives et passives, chacun pour moitié. Il n'en était pas ainsi en Auvergne. Masuer atteste cependant que dans quelques pays de la province l'usage local admettait autrefois la communauté entre mari et femme et un douaire coutumier (Masuer, de soc. N° 1). Cet usage fût conservé par quelques coutumes locales... La coutume ne défendit pas de stipuler la communauté, etc... » Rivièrè, op. cit. t. 2, p. 101. Et plus loin p. 102 « Elle consacre le régime dotal ».

« sont validées par serment ». Une dot qui sera inaliénable par le mari ou par la femme, et même par les deux conjointement; une dot qui sera insaisissable par les créanciers, sur laquelle les engagements du mari seront nuls parce qu'il n'a pas la propriété de la dot, et qui ne pourra pas répondre de l'intercession de la femme puisque le Velleien vient admirablement compléter le principe d'inaliénabilité, telle est, d'après l'article 141, la nature de la constitution.

II

A tous ces caractères, nous reconnaissons que le régime dotal auvergnat n'est guère différent du régime romain établi par la loi Julia et complété par les réformes de Justinien (1).

(1) Le droit romain a conservé, même après les réformes de Justinien, le principe de l'aliénabilité de la dot mobilière. Il est certain que notre droit auvergnat a respecté cette règle à l'égard du mari : d'abord, notre coutume a suivi, nous le répétons, très étroitement le système dotal romain; puis, à cette époque, la maxime *res mobilis res vilis* avait toute sa force; enfin, l'argent étant une chose fongible, était par sa nature même destiné à être dépensé, à moins qu'il n'y eût dans le contrat de mariage, une obligation de placement en rente rachetable, ou en acquisition d'un fonds. Mais en revanche, il est certain que la dot mobilière était inaliénable à l'égard de la femme. Ce que le *senatus consultum* romain défendait uniquement à la femme, c'était l'*intercessio*, c'est-à-dire le fait de s'engager à la place d'un autre ou avec un autre : la femme romaine pouvait donc payer directement la dette d'autrui, dépenser sa dot. Ce que notre coutume défend particulièrement à la femme mariée c'est d'avantager son mari : et cette idée lui est si chère qu'elle crée une présomption légale contre ceux « à qui sondict mary peut succéder ». Elle ne pouvait donc aliéner sa dot pour son mari ou pour les héri-

Deux éléments sont venus l'altérer : 1° c'est le principe de la dotalité universelle; 2° c'est l'idée que le mari n'est plus propriétaire de la dot.

Le premier principe est dû, comme nous l'avons déjà dit, à l'influence germanique; il a servi ainsi de trait d'union, d'élément de conciliation, si on peut ainsi s'exprimer, entre la communauté franque et le régime dotal gallo-romain. A Rome, la constitution de dot devait être expresse; le mari n'avait aucun droit sur les biens qui n'avaient pas été donnés ou apportés au moment du mariage comme dotaux : la femme seule pouvait en jouir à sa guise.

Ainsi, dans le système romain, il y avait dans le ménage deux patrimoines bien distincts, deux intérêts séparés. Les Germains, et plus tard les Francs, établis en Gaule, n'ont pas connu ce régime de séparation qui est, selon l'expression courante, un régime de civilisation avancée. Chez eux les époux étaient co-propriétaires. Un patrimoine, auquel il fallait un chef; et ce chef était tout natu-

tiers présomptifs de celui-ci; elle ne pouvait pas davantage payer les dettes d'un étranger, et cela pour la raison bien simple que le mari était propriétaire de la dot mobilière et que pour toute aliénation, son intervention était nécessaire. C'est cette idée qu'émettait Cujas lorsqu'il disait : « *Uxor domina est reum dotalium naturaliter, maritus civiliter* » (Planiol, t. 3, p. 42. — Rapporté sous le N° 7575). Elle ne pouvait pas s'engager pour autrui, cautionner un étranger, renoncer pour lui à son hypothèque légale : le velleien dont on avait développé contre la femme toutes les conséquences vraies ou fausses, le lui interdisait. En résumé, ce qui empêchait la femme de disposer de sa dot mobilière, c'était non pas le principe d'inaliénabilité mais bien une double incapacité.

C'est à peu de choses près, le raisonnement sur lequel s'appuie notre jurisprudence actuelle.

rellement l'homme, en des temps où la force brutale primait tout, et dans des coutumes où originairement le mari apportait la plus grosse part de biens à la communauté (1).

La partie de la France de droit coutumier suivit tout naturellement cette idée d'unité d'administration et de dépendance totale de la femme. Les pays, comme l'Auvergne, où le droit romain était resté, pour l'organisation du mariage comme pour l'ensemble de la législation, le type idéal du droit, durent, d'abord au milieu des désordres qui marquèrent le règne des derniers Carolingiens et l'avènement des Capétiens, plus tard, au milieu des violences de la époux étaient co-propriétaires. Un patrimoine, unique. Masuer, au xv^e siècle, en formulant la règle: «*Omnia bona mulieris uxoratae censentur esse dotalia*» consacre la victoire du droit germanique. La femme n'aura aucun patrimoine à gérer; elle n'aura aucune part à la vie juridique courante; elle n'interviendra qu'accidentellement; et cette intervention ne sera que la conséquence de la règle que Masuer posait énergiquement et que la Coutume a consacré comme la précédente: «*Vir habet usufructuarium et uxor proprietatem* » (2).

Le droit romain donnait au mari la propriété de la dot, et ce n'est guère qu'à l'époque de Justinien qu'il y eut quelques hésitations sur les droits du mari sur la dot, et que l'empereur parla vaguement

(1) Il faut se rappeler en effet que la dot qui est maintenant fournie au mari par la femme ou ses parents, l'était anciennement par le mari à la femme.

(2) Masuer, de dote, titre 14, N° 10.

de n'accorder au mari que l'administration et la jouissance pendant le mariage, la propriété restant à la femme (1). Le régime dotal auvergnat a pu emprunter cette notion aux compilations Justiniennes, mais il a pu très bien la fortifier de la notion germanique du *faderfium* ou *maritadgium*. Le *faderfium* était, chez les Barbares, la dot que le père de la jeune fille lui constituait au moment du mariage, et qui correspondait à la dot fournie par le fiancé. Or, tandis que cette dernière passait en toute propriété à la femme, il n'en était pas de même du *faderfium* dont l'usufruit seul allait au mari :

« Dans tous les cas la pleine propriété du *faderfium*
« demeurait à la femme. Le mari n'en avait, pen-
« dant le mariage, que la jouissance et l'adminis-
« tration. A la dissolution de l'union conjugale, il
« devait le restituer à la femme, ou, en cas de pré-
« décès de celle-ci, à ses enfants ou à ses descen-
« dants, ou même, à défaut de ces deux catégories
« de personnes, au fisc (2).

(1) Cette question de propriété que Justinien agite à propos de la restitution de la dot (L. 30, C. de jür. dot) est purement théorique puisqu'en complétant la loi Julia, l'empereur était arrivé à ne laisser pratiquement au mari que des pouvoirs d'usu-fruitiers sur les biens dotaux. On pourrait peut-être ne voir dans ce texte qu'une preuve de la bonne volonté de Justinien qui voulait donner toutes armes, toutes actions à la femme, capables de lui faire obtenir la restitution de sa dot.

(2) Guétat. Hist. élém. du droit français. — Paris 1884.

III

Le régime dotal Auvergnat nous apparaît donc et dans la partie coutumière proprement dite et dans la partie de droit écrit comme étant d'origine romaine. Mais les besoins d'une civilisation encore à demi-barbare, l'exemple des pays de coutume qui avaient emprunté aux traditions germaniques leur régime matrimonial, ont fortement contribué à faire admettre chez nous le principe que la dotalité est la règle et ont définitivement fixé la notion incomplètement ébauchée à Rome, que le mari n'est que l'usufruitier de la dot.

CHAPITRE II

Du contrat de mariage

I. Son importance.

II. Analyse de ses éléments constitutifs.

I

Le régime dotal n'est pas seulement le régime légal dans la coutume d'Auvergne; il y est aussi, au xvi^e siècle, le régime conventionnel par excellence. L'immense majorité des contrats de mariage adopte le régime dotal, quoique la Coutume ait permis le choix du régime de la communauté. Il n'y a guère que la région de Thiers, berceau des communautés taisibles auvergnates, et les pays limitrophes de l'Allier, rattachés à la Coutume du Bourbonnais, qui aient fait usage, d'une façon à peu près régulière, du régime de la communauté. Partout ailleurs les archives des notaires ne fournissent que des contrats de dotalité et la lecture finit par être d'une monotonie désespérante, car, à cette époque, on ne fait aucune tentative pour affaiblir ou fortifier le régime; les clauses sont presque toujours les mêmes, inscrites dans le même ordre, à l'aide de formules toutes faites. Il n'y a rien encore de ces innovations hardies que l'on constate aujourd'hui, dans nombre de nos études, et qui, inspirées par la doctrine ou discutées par elle, passent peu à peu dans la juris-

prudence et modifient au jour le jour le régime dotal suivant les besoins de la pratique.

Mais si, de nos jours, on constate la diminution sans cesse croissante des contrats de mariage, sous l'empire de la Coutume, au contraire, il n'y avait pour ainsi dire jamais de mariage sans contrat préalable : les familles les plus pauvres en faisaient et les constitutions de dot de cent livres et au-dessous ne sont pas rares.

C'est que le contrat de mariage était l'acte juridique le plus important; d'abord, parce qu'il en contenait une foule d'autres : donations entre vifs, donations à cause de mort, institutions contractuelles; ensuite, parce qu'il réglait les arrangements de famille et constatait les principes coutumiers de l'émancipation des filles et de la forclusion de la fille dotée et mariée hors de la maison de ses père et mère. Il contenait enfin l'adoption de telle ou telle coutume au regard de certains biens situés en dehors de l'Auvergne et supprimait ainsi toute discussion interprétative sur l'application de la théorie du statut réel ou du statut personnel.

Du reste, la Coutume elle-même poussait à la rédaction du contrat de mariage, en consacrant le principe de la liberté complète des conventions matrimoniales, et en montrant toujours la plus grande faveur pour celles-ci. C'est ainsi qu'elle autorisait, dans le contrat de mariage et dans le contrat d'association universelle, une foule de conventions auxquelles elle donnait plus de force qu'ailleurs. Par exemple, dans l'article 170, elle empêche la révocation par survenance d'enfants d'une donation faite par contrat de mariage :

« Donations et autres dispositions entre vifs, pures
« et irrévocables faictes en contrat de mariage et fa-
« veur des mariés, ne sont révocables, posé qu'il y ait
« après enfans du disposant, si n'est quant au droict
« de légitime ». Et ailleurs, après avoir déclaré que
la donation entre vifs, faite par une personne sur
le point de mourir, ne vaut que comme donation à
cause de mort, et que la donation à cause de mort ne
vaut que pour la quarte partie des biens du dispo-
sant, la Coutume fait cette importante restriction :
« Toutefois telles donations et dispositions valent
« et tiennent entièrement en deux contrats ; c'est à
« savoir en contract de mariage et d'association uni-
« verselle, déduit la légitime ez descendans » (1).

II

On pourrait ainsi multiplier les exemples du régime de faveur que la Coutume a accordé aux conventions matrimoniales.

Le contrat de mariage étant donc, comme on l'a dit souvent, la Charte des familles, étant destiné à fixer les rapports pécuniaires, entre époux, et son emploi étant général, il nous paraît nécessaire d'énumérer les parties les plus importantes : 1° Mention de la présence et du consentement de parents ; 2° Constatation des fiançailles ; 3° Constitution de dot ; 4° Réserve de paraphernalité ; 5° Clauses restrictives des pouvoirs du mari sur la dot, ou de

(1) Articles 173-149-153.

ceux de la femme sur les paraphernaux ; 6° Libéralités entre vifs ou à cause de mort entre époux ; 7° Les institutions contractuelles et les donations de parents ou d'amis aux futurs époux ; 8° Les garanties réciproques données par les parties pour le paiement de la dot et des libéralités de toute nature et pour la restitution de cette même dot.

Sur chacun de ces points, il paraît convenable de donner quelques éclaircissements.

Le contrat constate d'abord la présence des parents et leur consentement. Ce consentement est, en effet, nécessaire pour plusieurs raisons : on sait que le mariage n'émancipe pas le fils et que celui-ci, sauf trois cas prévus par la Coutume (mort du père, ingrès en religion, émancipation expresse) reste sa vie durant sous la puissance paternelle. Nous avons signalé en passant tous les inconvénients qui résultent de cette règle rigoureuse, pour la puissance et l'administration maritale, et nous avons constaté qu'en fait le père avait soin d'émanciper son fils avant le contrat de mariage (1). Les filles, au con-

(1) Le droit de jouissance du père ne portait que sur les biens dont le fils était propriétaire : « Le père est administrateur légitime des biens adventifs de ses enfants et fait « les fruit et siens... » Article 67. Sans aucun doute donc, le père n'avait aucun droit sur la dot, pas plus qu'il n'avait sur les biens paraphernaux et adventifs dont la femme laissait la jouissance au mari. D'ailleurs, pratiquement, le père libre de faire toute libéralité à son fils par contrat de mariage, renonçait à tout droit réel sur les biens présents et à venir de celui-ci. — M. Planiol, tome 1, page 771, parlant de la rigueur de la puissance paternelle en pays de droit écrit, dit : « le tempérament le plus remarquable qu'on y avait apporté « était la multiplication des émancipations taiseuses, notam-

traire, étaient émancipées de plano par la conclusion des fiançailles et par la célébration du mariage. Mais il paraît parfaitement juste qu'elles obtiennent, elles aussi, le consentement de leurs parents : ne donne qui ne veut, dit un vieil adage, et, dans l'espèce, le père qui va perdre et sa puissance paternelle et son usufruit sur les biens de sa fille, doit approuver le mariage.

Le droit canonique, il est vrai, dans le but d'éviter le libertinage et de favoriser l'administration d'un sacrement, considérait le mariage comme valable, même sans le consentement du père : « Pour faciliter la conclusion des mariages à l'âge où les passions ont le plus de force, il (le droit canonique) a affaibli la puissance paternelle et l'autorité familiale; il a « déclaré capables de se marier de leur seule autorité toutes les personnes pubères » (1). La Coutume n'a pas suivi cette doctrine, et dans son article 116, visant un des cas dans lequel la fille s'est mariée sans le consentement de ses père et mère, elle la prive de sa dot ou de ses droits dans la succession de ses parents : « Et a été advisé par lesdicts estats, que si « ladicte fille se marie au desçu et outre le gré de « ses père et mère, a homme qui ne seroit d'estat et « qualité condignes à son lignage, ne pourra aucune « chose prétendre ne quereler es biens de sesdicts

« ment par mariage, qui libéraient la plupart des enfants
« de famille de sugetion paternelle. »

D'ailleurs lorsque le père ne se départait point de son droit d'usufruit sur les biens de son fils, c'était la règle de la liberté des donations de mari à femme qui était compromise, et voilà tout.

(1) Esmien. Le mariage en droit canonique, tome 1, p. 86.

« père et mère, par dot ne autrement. » La Coutume, il est vrai, vise particulièrement le cas de mésalliance; mais on perçoit son intention d'exiger l'assentiment des parents; d'ailleurs l'Ordonnance de 1556, applicable à tout le royaume, autorise les père et mère qui n'auraient pas été appelés à donner leur consentement au mariage de leurs enfants âgés de vingt-cinq ans, en ce qui concerne les filles, et trente ans pour les mâles, à exhérer ceux-ci et à révoquer les libéralités à eux déjà faites.

La présence et le consentement des parents peuvent enfin se justifier par l'obligation, pour le père, de doter sa fille, et par l'adage : « *Pietas paternas* » « *optimum consilium capit pro liberis* ». Les jeunes gens sont, en général, inexpérimentés dans la pratique des affaires, et il convient que les parents les assistent et les dirigent dans l'acte le plus important de l'existence. Les parents, d'ailleurs, sont eux-mêmes conseillés et secondés par les autres membres de la famille et par leurs amis; la clause suivante est de style dans la rédaction du contrat : « Les-
« quelles parties de leur gré et libre volonté ont
« reconnu, et confessé que par l'entremise de leurs
« parens et amis, elles ont accordé mariage entre... »
Les contrats de mariage d'alors portent une multitude de signatures, et il semble que les parties aient tenu à honneur d'en avoir le plus possible. C'était donc alors un événement considérable que cette rédaction du contrat; mais pour que celui-ci fût réellement suivi du mariage, on avait soin d'y constater la conclusion formelle des fiançailles. On connaît déjà un des effets les plus importants des fiançailles; celui de l'émancipation de la fille

de la puissance paternelle et de son entrée sous la puissance maritale Il faut ici en signaler un autre : les fiançailles, par la promesse réciproque du futur et de la future, constituaient un véritable contrat verbal synallagmatique; on comprend donc qu'on ne pouvait le rompre facilement. Et si la Coutume ne suivait pas la théorie rigoureuse du droit canonique (1) qui considérait les fiançailles comme étant le mariage lui-même lorsqu'il y avait eu échange de *verba de præsenti*, du moins permettait-elle de stipuler dans le contrat des dommages-intérêts considérables contre celui des fiancés qui ne tiendrait pas sa promesse (2).

Enfin la constatation des fiançailles avait encore un grand intérêt, puisque la femme veuve qui se fiançait à second mari, perdait *ipso facto* la tutelle de ses enfants du premier lit; puisque les fiançailles marquaient pour le père la fin de son usufruit sur les biens de sa fille; puisqu'également la coutume réputait dotaux tous les biens de la femme lors des fiançailles.

(1) Esmein. Op. cit. p. 39 et suiv.

(2) Ce qui empêche de faire assimilation complète entre les deux théories, c'est que la forclusion n'avait pas lieu pour la fille simplement fiancée. « Si dit Chabrol, t. 2, p. 364, le mariage, quoique précédé de fiançailles, ne s'accomplissait pas il ne serait pas juste que la fille demeurât forclosée; et que sans recueillir les avantages d'un mariage, elle fût privée de ses droits aux successions de sa famille. » Cette règle coutumière est certainement empruntée aux réformes prétoriennes de l'empire. « Au commencement de l'empire, la condition de l'émancipé s'améliore.... le prêteur appelle les enfants émancipés à la succession du chef de famille avec des droits égaux à ceux des enfants restés sous la puissance paternelle. (*La bonorum possessio contrat tabulas et onde liberi*). Petit traité élément. droit romain 1898.

La troisième mention importante du contrat était la constitution de dot. C'est cette constitution qui servait de base aux rapports pécuniaires entre époux, à la puissance maritale également puisque nous avons montré déjà dans quelles relations étroites elle était avec la constitution de dot.

Trois questions se posent à propos de la constitution dotale : 1° Qui pouvait la faire ; 2° Quelle en était la nature ; 3° Quelles en étaient les limites.

Si l'on étudie les contrats de mariage d'alors, on constate que c'est presque toujours le père qui constitue une dot à sa fille. C'est pour lui évidemment un devoir moral d'assurer à sa fille des moyens de subsistance pour l'avenir et ce principe écrit dans nos anciens coutumiers figurait déjà en termes impératifs dans le droit romain : « *Neque enim leges incognitæ sunt, quibus cautum est, omnino patrum num esse officium dotem... pro sua dare pro-genie* » (1). Notre Coutume, il est vrai, contient quelques obscurités au point de vue juridique de l'obligation stricte pour le père de doter. D'une part, l'article 104, qui proclame la règle de la forclusion des filles, s'exprime ainsi : « Fille mariée par le père ou par l'ayeul paternel, ou par un tiers, ou d'elle-même, lesdicts père ou ayeul paternel et mère vivans, douée ou non, ait quitté ou non, elle, ne ses descendans, ne peuvent venir à succession de père, etc. » (2).

(1) Loi, si pater 7, cor. de dotis promiss.

(2) La formule Coutumière « ait quitté ou non » signifie : que la fille ait renoncé ou non. La partie de droit écrit ne suivait pas ce principe, et pour que la fille fut forcloze, il fallait qu'elle renonçât expressément.

Ainsi, il semblerait que le père peut se dispenser de doter sa fille et Masuer lui-même avait dit, un siècle auparavant : « *Filia maritata per patrem et matrem aut..., et maxime si dos fuerit ei constituta, non potest succedere, etc...* » (1).

La fille, d'après lui, est forclosée *a fortiori*, si elle a été dotée, on peut donc facilement sous entendre qu'à *minori* elle l'est également si elle n'a pas été dotée. Il ressortirait donc de l'article 104 que le père pouvait se dispenser de doter sa fille.

Mais, d'autre part, l'article 115 nous dit : « Laquelle fille mariée par les dessusdicts, ainsi forclosée desdictes successions, ne peut demander légitime ne supplément d'icelle; toutefois, si elle n'a point été douée, elle peut seulement requérir estre douée selon que les autres filles... ont estées douées... et s'il n'y a d'autres filles douées de ladite maison, elle sera douée selon l'avis des parens et amys de ladite fille, eu regard aux constitutions des mariages du lieu et voisins de semblable qualité. »

Du rapprochement de ces deux articles, il résulte que la fille dotée ou non dotée est dans tous les cas forclosée (2), mais quelle conserve une action en paiement de dot contre son père. Les bases servant à en établir le chiffre sont assez justes, et le père ne se

(1) Masuer, titre des success. N° 10.

(2) Il faut cependant excepter le cas où le père en mariant sa fille lui a expressément réservé des droits dans sa succession. Le père peut, en effet, par une clause formelle, écarter les cruels effets de la forclusion pour sa fille, de même qu'il peut, en faveur de son fils qui contracte mariage, renoncer à son droit d'usufruit sur les biens de celui-ci.

soustraira en aucun cas à la constitution. L'obligation de doter est si forte pour lui que, alors même qu'un parent ou un étranger aurait constitué une dot à la fille, celle-ci peut en réclamer une à son père s'il n'est pas parfaitement établi que la première a été constituée « en contemplation du père et à sa « décharge » (1).

Lorsqu'il est dans l'impossibilité absolue de doter, parce qu'il n'a pas de fortune personnelle, ou lorsqu'il ne peut doter convenablement sa fille selon son état, la mère peut le suppléer dans l'obligation de doter ou peut augmenter la constitution déjà faite. Elle en a même le devoir, d'après l'avis de Basmaison qui interprète d'une manière un peu trop libre l'article 144 : « Femme constant son mariage, « peut disposer, par contrats entre vifs, de la quatrième partie de ses biens dotaux et au-dessous pour « mariage de ses filles... »

Evidemment le terme « peut disposer » ne semble indiquer, de la part de la femme, qu'une simple faculté. D'ailleurs la Coutume met un terme à cette faculté et fixe au quart la valeur des biens dotaux que la femme est autorisée à aliéner. La partie de droit écrit n'a point cette limitation et la femme dispose comme elle l'entend, de ses biens dotaux pour l'établissement d'une fille que le mari n'a pu doter. En droit coutumier, il est vrai, la femme qui a des paraphernaux dont elle pourrait disposer au profit d'un étranger, les donne tous valablement à sa fille, si bon lui semble. Mais faudrait-il dire ici qu'une

(1) Chabrol, tome 2, p. 489.

femme qui a des paraphernaux doit d'abord disposer de ceux-ci avant de toucher à sa dot ? Nous ne le pensons pas : en aliénant ses biens dotaux, en effet, la femme permet au mari de remplir son devoir, c'est-à-dire de doter sa fille, puisque celle-ci s'enrichit d'un quart d'usufruit au détriment de son père. D'ailleurs, l'article 144, qui autorise la femme à faire une constitution de dot sur ses biens dotaux, n'ajoute pas, comme l'article suivant, « à faute d'autres biens ». La dot de la femme ne jouit donc point dans l'espèce du bénéfice de discussion.

Mais, envisageons le cas où le père et la mère n'ont pas pu doter. Qui fera la constitution ? Ce sera, suivant les cas, un parent ou un étranger.

Il arrive assez fréquemment que le frère dote sa sœur et réciproquement : il faut supposer ici que l'enfant, le premier établi, a été, dans son contrat de mariage, institué par ses père et mère leur héritier universel, à charge de payer aux autres une certaine somme pour les remplir de leur légitime. En voici du reste des exemples : « En faveur duquel mariage, lesdits Michel X... et Marie Y... ont fait et institué ladite Jeanne X... leur fille future épouse, leur héritière universelle de tous les biens dont ils mourront saisi et vêtu, à la charge de payer, si fait n'a été du vivant des instituants, à Antoine X..., leur fils, la somme de six cents livres pour tout ce qu'il pourroit espérer et prétendre dans leurs futures successions... » « ... et de la part de lad. future épouse, led... Michel X..., son père l'a faite et instituée pour son héritière universelle de tous, et chacun ses biens... à la charge par lad... future épouse de payer à Jean X..., son frère, la somme de

quarante livres, et à Antoinette, sa sœur, la somme de cent-dix livres avec son lit garny de sa couhette et coussin, etc., lesquelles sommes et meubles seront payables auxd. enfants appanés lors de leur majorité ou conduite en mariage. »

Egalement, un ami de la famille peut très bien faire, au lieu et place du père, une constitution de dot à la femme : les libéralités et, en général, toutes les conventions contenues dans le contrat de mariage sont entourées d'une grande faveur par la Coutume. Il est vrai que le parent, l'étranger, qui intervient, au lieu de donner spécialement en dot tel ou tel bien, telle ou telle somme, procède souvent, par voie d'institution contractuelle ou de donation, à cause de mort, sauf à faire, sous cette forme de constitution, une réserve expresse de paraphernalité.

Enfin la femme peut se faire à elle-même une constitution de dot, et cela, toutes les fois où elle aura des biens personnels au moment du mariage : par exemple, lorsque, ayant perdu sa mère, elle apportera à son mari l'usufruit des biens maternels possédés jusque là par le père, ou bien, lorsqu'étant orpheline de père et de mère, elle retirera à l'administration de son tuteur tous les biens recueillis dans la succession de ses parents.

La constitution de dot faite sans restriction ni réserve, donne aux biens ainsi apportés la qualité de dotaux, c'est-à-dire en emporte au profit du mari l'administration et la jouissance, mais en revanche le grève de la lourde obligation de restituer.

Or, il arrive quelque fois que soit pour laisser à la femme une certaine capacité pendant le mariage,

soit pour ne pas abandonner à un mari dont on se défie tout un patrimoine à gérer, le père fait insérer au contrat une réserve de paraphernalité. Ainsi les biens formellement retenus, *quasi retenta tempore matrimoniali*, selon l'expression de Masuer, demeurent la propriété pleine et entière de la femme.

En plus des paraphernaux proprements dits, la femme est encore dame et maîtresse des adventifs, c'est-à-dire des biens qui lui arrivent pendant le cours du mariage, que ce soit sous la forme d'un supplément de dot, d'une donation ou d'une succession ; à condition toutefois qu'elle n'ait pas été déjà propriétaire de ces biens, sous condition suspensive, ce qui arriverait en cas d'institution contractuelle ou de *donatio mortis causa* insérée dans le contrat de mariage.

Ainsi le principe : la dotalité est la règle, ne porte que sur les biens présents ; et les biens à venir ne sont dotaux que si, dans le contrat, on a inséré à ce sujet une clause expresse : si l'on a déclaré par exemple que tous les biens présents et futurs de la femme seront dotaux. Du reste, il appartient au rédacteur du contrat d'y insérer sur l'avis des parties toutes clauses propres à diminuer le domaine de la dotalité ou au contraire à supprimer celui de la paraphernalité. Mais les limites ayant bien été posées entre les deux espèces de biens, on peut encore établir entre possesseurs respectifs certains rapports de dépendance. La femme a toute liberté pour octroyer à son mari la jouissance soit pendant un certain temps, soit même durant tout le mariage, de ses biens adventifs et paraphernaux ; mais cette concession

pourrait aussi valablement résulter du consentement tacite de la femme pendant le mariage : c'est ce que la Coutume dit dans l'article 180, et cette disposition a été adoptée par la partie de droit écrit. Il y a cependant avantage pour la femme à accorder expressément cette permission dans le contrat ; et voici pourquoi : le mari ayant l'administration des paraphernaux peut, lorsque la femme lui en donne l'autorisation, les aliéner en tout ou partie ; c'est entre ses mains généralement que l'acquéreur opérera son paiement : l'hypothèque de la femme remontera à l'époque du contrat, pour la sûreté des effets paraphernaux que le mari a reçus. Si au contraire les pouvoirs du mari sur les paraphernaux ne sont fondés que sur le consentement tacite de la femme pendant le mariage, l'hypothèque ne prendra rang que du jour où le mari aura touché les prix des ventes.

En revanche la femme a également le droit de restreindre les pouvoirs du mari sur les biens dotaux, sans toutefois pouvoir les supprimer entièrement, comme si elle déclarait par exemple qu'elle s'en réserve l'administration et la jouissance. Cette clause qui de nos jours est formellement interdite (1), comme portant atteinte à la puissance maritale, aurait alors paru une anomalie. Comment admettre en effet qu'un mari qui a la lourde obligation de conserver et de restituer la dot, n'ait pas la possibilité de la surveiller et de la gérer ; c'est le cas de dire en renversant l'axiome : *Ubi onus, ibi emo-*

(1) Article 1388 du Code civil.

lumentum esse debet. Comment introduire une théorie aussi extraordinaire dans un système qui a évolué si péniblement de l'idée de propriété de la dot à celle de simple jouissance par le mari ? (1).

Mais si la femme n'avait point le droit d'ébranler aussi fortement la puissance maritale, elle pouvait poser comme conditions : que les intérêts de la dot ne courraient pas pour le mari aux termes pris pour le paiement; que le mari serait tenu de faire telles améliorations, telles réparations au fonds dotal; ou encore qu'il ne pourrait en changer la nature, c'est-à-dire vendre l'immeuble dotal, même en réalisant les conditions imposées par la Coutume, *id est* en récompensant la femme « de fonds ou chevance certains » (article 142). Enfin il était loisible à la femme de faire insérer une clause grevant les revenus dotaux d'une rente au profit d'un parent, d'un ami, d'un vieux domestique.

En outre de ces restrictions à la puissance maritale et au pouvoir de la femme sur ses parapher-naux, on trouve plus habituellement, dans les contrats de mariage de l'époque, mention des donations et avantages entre époux.

Tantôt ces donations étaient entre vifs et avaient un effet immédiat, tantôt c'étaient des donations à

(1) On se place ici dans l'hypothèse normale où la dot était immobilière. Lorsque la dot était mobilière, les rôles étaient renversés et le mari avait sur elle les droits d'un propriétaire. Mais on pouvait insérer dans le contrat de mariage une clause interdisant au mari de disposer des objets mobiliers dont on constatait la consistance, soit dans un état inséré dans le contrat, soit dans un inventaire fait avant la célébration du mariage.

cause de mort, et sous cette forme, elles n'avaient pour effet que de modifier légèrement le taux de la gaigne coutumière. Ces libéralités par contrat de mariage étaient vues par la Coutume avec la plus grande faveur, puisqu'après avoir décidé que les donations à cause de mort ne vaudraient que jusqu'à concurrence d'un quart, et qu'elles seraient révocables, celle-ci décidait que les donations de cette nature, insérées dans le contrat de mariage, sortiraient leur plein et entier effet.

La donation entre vifs était assurément la moins usitée de ces libéralités : on n'en trouve que peu d'exemples de femme à mari; et de mari à femme, la donation le plus souvent se restreint à quelques cadeaux; le mari donne à sa femme des bagues et bijoux, une robe de noces ou d'autres présents de faible valeur. Nous sommes donc loin de la *donatio propter nuptias* du temps de Justinien, donation que le mari faisait à sa femme, de valeur égale à la dot et qui en était comme le pendant; nous sommes loin également des présents fastueux dont le Germain comblait sa femme sous des noms divers.

En revanche, les époux usaient largement de la donation à cause de mort et se constituaient réciproquement des gains de survie. La femme recevait habituellement un douaire. Le douaire, d'origine germanique, n'est qu'un débris de cette constitution de dot et de ce morgengab que le mari octroyait à sa femme le jour et le lendemain du mariage. La pleine et absolue propriété originelle de ces biens s'est réduite peu à peu à un simple usufruit de la femme en cas de survie. L'Auvergne ne connaît pas le douaire légal, et nulle part, la Coutume générale

n'en parle comme d'une obligation pour le mari. Néanmoins, elle le permet et laisse subsister certaines coutumes locales qui ont un douaire légal (1). Elle ne connaît pas davantage l'augment de dot, ce type du gain de survie dans les anciennes provinces méridionales qui avaient pris au droit romain toute sa théorie de la *donatio propter nuptias*. Masuer parle assez fréquemment de l'*augmentum dotis* (2); mais ne nous explique pas qu'elle en était la nature, et en quoi il consistait habituellement. D'ailleurs au titre *De Societates*, il fait allusion au douaire qui existait dans les rares régions où était employée la communauté entre époux : «... *Et pro dotalitio consuetudinario (mulier potest habere) mediam partem bonorum immobilium ad virum spectantium tempore contractus matrimonii...* » et plus loin, sur le même sujet : « *In quibusdam tamen terris, velut in terra de thierno mulier... habet electionem petendi dotalitium conventionale aut consuetudinarium...* ». Les pays de droit écrit, en Auvergne, suivent à ce point de vue la Coutume : ils n'ont ni douaire légal ni augment de dot; et c'est une véritable originalité, et c'est en même temps une preuve nouvelle de la faveur qu'a rencontrée dans toute la province la rédaction du contrat de mariage. Celui-ci en effet est rendu nécessaire si les époux ne veulent pas se contenter de l'insignifiante gagne coutumière; et il acquiert une importance considérable

(1) Coutumes de Blot, Menat, Aigueperse, Ebreuil, Cusset.

(2) Masuer, tit. des tut., vel. cur., n° 33, tit. 14, n°s 3 et 13.

si l'on peut y donner aux gains de survie un taux illimité (1).

Ainsi le douaire n'est que conventionnel ; par contre il figure dans tous les contrats de mariage. Mais convient-il de lui donner ce nom ? Masuer l'appelait *augmentum* ; les coutumes et les commentateurs le nomment douaire. Il est à la fois germanique et romain. Sans doute, si la *donatio propter nuptias* lui a donné quelques traits, et si celle-ci semble plus en harmonie que le douaire avec un régime qui suit presque pas à pas la dotalité romaine, en revanche le douaire et les gains de survie germanique sont encore plus à leur place dans la Coutume qui s'est inspirée du vieux principe barbare : *nullum testamentum*. « Institution d'héritier « testamentaire n'a point de lieu, et est réputé icelui « institué légataire », dit l'article 120 (2), répétant sous une autre forme la phrase de Masuer : « *A àvertendum est quod in patria Arvernix consuetudinaria non est locus successioni ex testamento, quia institutus habetur loco legatarii* » (3).

Les époux n'ayant rien ou presque rien à atten-

(1) Jean des Mares. Décision 218. Fixe pour la France coutumière le douaire conventionnel de la femme à l'usufruit de la moitié des biens du mari. Beaumanoir, chapitre 13 des Douaires, page 213, nous donne le taux du douaire légal : « Par la general Coustume, la femme emporte en douaire la « moitié de tout l'eritage que ses barons avoit de son droit « au jor qu'il l'espousa, s'il n'est ainsi que ses barons n'ait eu « feme de lequel il ait des enfans : car adont n'emporte ele por « son douaire que le quart de l'iretage son baron.... etc... »

(2) La Haute-Auvergne suivait le droit romain pour toute la matière des successions.

(3) Masuer, des success., 33, n° 7.

dre du testament (1), jugeaient prudent de s'avantager dans leur contrat de mariage.

L'augment de dot n'a pas d'ailleurs dans les pays de droit écrit qui l'ont adopté, une ressemblance parfaite avec la *donatio propter nuptias* de la législation justiniénne. Ainsi, d'après Justinien, la *donatio* devait être de valeur égale à la dot ; et on ne trouve pas trace dans la Coutume de cette égalité. La coutume de Ris, par exemple, s'exprime de la façon suivante : « Femme survivant son mari, si autrement n'est accordé, recouvre sa dot et l'augment de la moitié... » (2). De plus, la réversion du gain de survie aux enfants ne se produit pas en Auvergne, comme elle avait lieu pour l'augment de dot dans le Midi de la France, et pour le douaire dans la Coutume de Paris (3).

Quoi qu'il en soit de l'origine exacte du douaire auvergnat, voici, à titre d'exemple, la partie d'un contrat de mariage, réglant les gains de survie : «... La future épouse survivant à son futur espoux, elle aura de douaire y aye enfants ou non survivant, la somme de cens livres qui luy sera payable annuellement pendant sa viduité seulement après le décès dud. futur espoux aura de plus lad. future épouse de bagues et joyaux jusques à la somme de cens cinquante livres, sera en outre habillée d'une robe

(1) Des libéralités testamentaires étaient du reste limitées au quart, et la femme ne pouvait tester en faveur de son mari.

(2) Chabrol, tom. 4, p. 513.

(3) Cette difficulté d'analyse conduit certains auteurs. Proudhon, n° 252, à qualifier le douaire de *donatio propter nuptias* !

d'habit de deuil selon sa condition aux despans des biens dud. futur espoux aud. cas de prédécès, et au cas contraire que ledit futur espoux survive, il aura la jouissance pendant qu'il demeurera veuf seulement, d'une chambre de la maison (de la mère de la future) meublée et ustancillée de meubles nécessaires, qu'il prendra par inventaire, pour les remettre, après ladite viduité finye, en l'estat qu'ils se trouveront... »

Mais si nous ne connaissons pas en Auvergne le douaire légal, nous avons du moins la gagne coutumière. La Coutume générale donne au mari qui survit à sa femme, la pleine et absolue propriété : « des
« lits, robes, coffre, linge et joyaux de sadicte fem-
« me » ; en revanche elle permet à la femme qui survit au mari de reprendre : « sesdicts lit, linge, robes
« et joyaux... »

Mais il n'est pas de matière plus variable en Auvergne que ces gains de survie. D'abord, ils sont très souvent conventionnels (1), puisque leur fixation est une des principales préoccupations du contrat de mariage. En second lieu, beaucoup de petites coutumes locales ont subsisté, qui restreignent ou augmentent dans de notables proportions le taux de la gagne générale coutumière. Nous en reparlerons lorsque nous étudierons la dévolution des gains matrimoniaux.

Ainsi les époux majeurs pourront librement

(1) Ils peuvent même se dissimuler sous la clause de nantissement dont nous étudierons bientôt les effets, mais qui doit être envisagée plutôt comme clause pénale que comme gain de survie.

se faire toutes donations dans leur contrat de mariage. Mais les mineurs de vingt-cinq ans (1) n'ont pas le droit en principe de s'avantager au moins par donations immobilières. En effet, l'article 137 de la Coutume est ainsi conçu : « Et par ce, doresnavant mineur de 25 ans ne pourra, par contrat ou autrement, disposer de ses biens immeubles sans autorité de curateur et décret de juge, soit par convenance de succéder, ni autre ». Il est même certain que le mari non émancipé, qui n'a pas de pécule castrense, c'est-à-dire de biens provenant de l'exercice de sa profession, ne peut pas faire même de donations mobilières à sa femme par contrat de mariage (2). Mais en pratique, le père émancipait toujours son fils, et abandonnait volontairement son droit d'usufruit (3); il lui permettait ainsi les libé-

(1) La Coutume a en effet fixé l'âge de la majorité à 25 ans (art. 136) ; suivant en cela le droit romain, mais en dérogeant aux anciens usages qui reconnaissaient que les filles, à douze ans, étaient « d'aage parfait pour ester en jugement, faire « passer tous les contrats.... », et qui avaient adopté les âges de puberté romaine.

(2) Rappelons-nous le passage de Masuer, de dote, n° 16 : « *Filius autem remanet semper in patris potestate, nec ob ea liberatur, nisi per emancipationem, aut mortem patris vel si filius assecutus est sacerdotalem dignitatem* ». Cette disposition suivie par la Coutume, avait pour conséquence de conserver au père l'usufruit des biens de son fils, sauf celui du pécule castrense (*Clarum est excepto peculio castrensi*, de usufr., n° 9).

(3) Plusieurs commentateurs ont justement remarqué que Masuer exigeait dans l'acte d'émancipation un département exprès ; ils se fondent sur ce passage de la *practica* : « In « *bonis autem filii emancipati, et quæ habefat pro tempore emancipationis, usufructus remanet apud patrem nisi ei renunciaverit ut solet fieri et inseri in literis emancipationis* ».

ralités mobilières vis-à-vis de sa femme ; il lui donnait les premiers moyens de faire des donations immobilières : le mineur émancipé n'avait plus qu'à obtenir l'autorisation d'un curateur *ad hoc* et un décret de justice. Mais cet usage de faire intervenir curateur et juge à l'aliénation a dû cesser de bonne heure, car on ne trouve mention d'aucune de ces formalités dans les contrats de mariage du xvii^e siècle. Cette coutume d'ailleurs ne garantissait pas les tiers contre la restitution du mineur et les réclamations de ses créanciers. Cette intervention du curateur et du juge n'avait pour motifs que d'empêcher le mineur, qui n'a pas l'expérience des affaires, d'être victime d'un dol, d'une erreur, le préjudice pour lui en fut-il minime ; et ce qui le prouve, c'est qu'on lui délivrait assez facilement des lettres de rescision. Lorsqu'il fut bien clair que le mineur, pour trouver à se marier convenablement, devait consentir au sacrifice juste, nécessaire même de la constitution d'un douaire et d'autres gains de survie, les demandes d'autorisation devinrent très vite de pures formalités et on s'habitua plus tard à s'en passer, toutes les fois qu'il apparut, selon la formule de Chabrol (1), que les mineurs avaient l'intention de se comporter comme les majeurs font ordinairement (2). C'est ainsi que les mineurs émancipés

(1) Chabrol, tome 2, page 161.

(2) Il est intéressant de rapprocher les termes du commentateur de ceux du code civil. D'après notre droit moderne, il est interdit au mineur de faire des donations ; mais l'article 1095 fait une exception formelle en faveur du mineur qui se marie, et il entoure la donation des mêmes garanties que celles qu'exigeait la Coutume : « Le mineur ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit par

parent, avec autant de sécurité que les majeurs de 25 ans, constituer à leur femme un douaire et une gagne conventionnels. Mais leur permet-on également de faire, en faveur de leur conjoint, une institution contractuelle ? L'institution contractuelle est une donation des biens que l'instituant laissera à sa mort ; donation qui n'empêche pas ce dernier de faire des libéralités entre vifs et de garder, s'il s'agit du mari, s'il s'agit même de la femme à l'égard seulement de ses paraphernaux, la libre administration et disposition de ses biens (1). A première vue, il semblerait que l'institution contractuelle fût un mode de disposition moins grave que l'aliénation pure et simple entre vifs à laquelle le mineur parvenait en remplissant les formalités que nous avons indiquées, plus certaines autres qu'imposa la jurisprudence du parlement de Paris (2).

L'institution contractuelle, en effet, selon une formule célèbre, préférerait l'instituant à l'institué et l'institué aux héritiers *ab intestat*, c'est-à-dire aux héritiers naturels. Mais, comme elle pouvait faire

donation réciproque, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage ; et, avec ce consentement, il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint ». (art. 1095). D'autre part, l'article 1398 qui paraphrase le dicton : « *Habilis ad nuptias, habilis ad pactia nuptialia* », cet article est aussi formel.

(1) La seule entrave qui existe, c'est que l'instituant ne peut faire une seconde institution, créer un nouvel héritier conventionnel.

(2) Chabrol, tom. 2, pages 154 et 155. Signale comme formalités prescrites par le parlement de Paris l'avis des parents, la publication en la sénéchaussée, l'affichage au lieu de la situation des biens, l'estimation par experts.

passer les biens d'une famille riche dans une famille pauvre, elle était étroitement limitée par la règle si chère à nos ancêtres de la conservation des biens dans les familles. Du reste, il y avait aussi l'idée que l'institution n'était pas pour le mineur un acte aussi nécessaire que la constitution d'un douaire ou d'une gage modique. C'était, en principe, un acte exorbitant du droit commun : on ne le permettait donc pas aux époux mineurs, non plus qu'on ne les autorisait à contracter entre eux une association dans leur contrat de mariage, et l'article 138 de la coutume était formel : « Aussi ne pourra le mineur de 25 ans, en son préjudice, faire contract d'association avec convenance de succéder, ou autre, sans auctorité du curateur et décret du juge ». La fin de cet article, conçue dans les mêmes termes que celle de l'article précédent, doit être entendue ainsi : l'institution contractuelle, l'association sont des actes excessivement graves pour le mineur ou pour ses héritiers naturels ; ce sont de près ou de loin des aliénations ; or, il faut, dans les cas où la Coutume la permet, que l'aliénation soit entourée de garanties considérables : l'avis de famille, le décret du juge, etc. ; et lorsque, malgré tout, ces garanties n'ont pu utilement protéger le mineur, on laisse toujours à ce dernier ou à ses héritiers la faculté de solliciter des lettres de rescission. Chabrol (1) rapporte qu'une institution d'héritier réciproque, portée par contrat de mariage d'un mineur, a été réduite par sentence

(1) Chabrol, tome 2, page 165.

de la sénéchaussée de Clermont de 1771... au douaire et gain de survie dans cette espèce.

Si les donations entre époux, par contrat de mariage, sont frappées de certaines prohibitions, ou du moins entourées de graves formalités en cas de minorité des conjoints, les donations et avantages de toute nature, faites dans le contrat de mariage des futurs époux, par les parents ou les étrangers majeurs, jouissent de la plus grande liberté. Il s'agit de faciliter la création d'un nouveau ménage, de lui donner des ressources pour lui permettre de vivre « selon son rang », d'assurer l'avenir des enfants à naître du mariage. Ici, le parent ou l'ami pourra se dépouiller de toute sa fortune au profit d'un des conjoints et des enfants à venir, et le principe de la conservation des biens dans les familles sera sacrifié souvent à l'idée, encore plus importante, de la perpétuité de la race et de la conservation des familles elles-mêmes.

On a déjà constaté que les libéralités des tiers s'exercent sous différentes formes; qu'elles peuvent être d'abord des constitutions de dot pures et simples. Un oncle de la future, un ami de sa famille, se substitue au père pour doter la fille ou pour parfaire sa dot. Le père lui-même, outre la constitution de dot proprement dite, fait encore une libéralité à sa fille en ne retenant pas, comme il en a le droit (1),

(1) Article 185, Coutume : « Quand le père fiance ou marie sa fille, il est privé de l'usufruit à lui appartenant ez biens maternels ou adventifs de sadicte fille, si expressément il ne le réserve ».

l'usufruit des biens de celle-ci ; il fait une libéralité à son fils, en renonçant expressément à l'usufruit des biens de celui-ci (1).

Mais le plus souvent, les tiers procèdent, par voie d'institution contractuelle (2), ils font à l'un des conjoints la donation irrévocable de leurs successions ; ils se choisissent ainsi un héritier véritable, un continuateur futur de leur personne ; chose qu'ils n'auraient pu faire par testament, puisque le testament auvergnat n'a que la valeur d'un simple legs.

Voici un exemple d'institution faite par la mère et la grand'mère : «... et de la part de lad. dam^{lle}
« future épouse, lad. R..., sa mère et honneste
« femme, Hélène U..., sa grand'mère, l'ont conjoin-
« tement et solidairement faite et instituée leur
« héritière unique et universelle de tous et chacuns
« leurs biens et droits généralement quelconques et

(1) Article 7, Coutume : « Le fils familial, greigneur de
« vingt-cinq ans, peut estre en jugement, soit en demandant
« ou défendant, sans autorité, ou licence de son père, mais le
« jugement qui s'en suit ne porte aucun intérêt audit père ». Cet article qui proclame la demi-émancipation du fils de famille majeur de 25 ans, énonce expressément ses droits, et doit être entendu restrictivement : le fils n'est sorti que partiellement de la puissance paternelle ; celle-ci subsiste toujours, et avec elle, l'usufruit qui en est la conséquence.

(2) Rivière, op. cit. tom. 2, pages 107 et 108 : « La coutume
« d'Auvergne est très favorable aux conventions faites par
« contrat de mariage... Le droit romain avait déclaré les con-
« ventions de succéder contraires aux bonnes mœurs. Le droit
« coutumier au contraire avait admis, comme une stipulation
« fort légitime, l'institution contractuelle..., elle fut prati-
« quée très anciennement en Auvergne.... » Il est bon de noter
que la partie de droit écrit en Auvergne pratiquait journal-
liement l'institution contractuelle et qu'elle suivait en cette ma-
tière les mêmes règles que la partie Coutumière.

« de tels dont elles mourront revestues sans qu'elles
 « puissent néanmoins en disposer autrement à
 « peine de nullité des dispositions contraires... »

Les exemples de donations, à cause de mort, sont beaucoup plus rares. Dans ce cas, en effet, le donateur, à l'instant du contrat de mariage, se dessaisit de tous ses biens; il ne peut, dans l'avenir, faire aucune aliénation, aucun acte de disposition; il est un peu dans la situation de l'ancien mort civil qui voyait, de son vivant, tout son patrimoine passer à autrui. Si le terme de donation, à cause de mort, se rencontre dans les contrats de mariage, il ne doit presque jamais être entendu dans un sens rigoureux, il faut l'assimiler à l'institution contractuelle. Quelle différence il y a-t-il, en effet, entre la formule : « J'institue X... mon héritier universel... » et celle : « Je donne à X... tous les biens, immeubles, actions, meubles, qui seront dans mon patrimoine à mon décès. » ? Dans cette dernière, il y a la réserve tacite, au profit du donateur, d'aliéner et de disposer, au moins à titre particulier. Au contraire, la clause simple : « Je donne à X..., *mortis causa*, tous mes biens », enlève au donateur, immédiatement, toute faculté de disposer; elle fait de la donation, à cause de mort, par contrat de mariage, une véritable donation entre vifs, et à l'idée d'irrévocabilité qui a toujours été, en Auvergne, de l'essence de l'institution contractuelle, elle ajoute celle de dessaisissement. D'ailleurs, l'article 167 de la Coutume dit nettement : « Mais donations universelles ou particulières entre vifs, ou à cause de mort, faictes en traicté de mariage en faveur desdicts mariés ou leurs dicts descendans, sont irrévocables, telle-

« ment que le donateur ne peut aliéner ni disposer
« de choses par lui ainsi données ».

Si l'on rapproche la fin de cet article de celle de l'article 166, ainsi conçu : «... et par ainsi n'empêche
« icelle institution ou pacte de succéder (faicts et
« accordés en contracts de mariage et faveur des
« mariés et descendans dudict mariage), que le
« disposant ne puisse aliéner ses biens par contracts
« entre vifs. » On comprend toute la faveur dont a
joui l'institution contractuelle qui, elle au moins, si
elle était irrévocable, en ce sens que le disposant
ne pouvait faire une seconde institution, ne lui
interdisait pas les dispositions entre vifs puisqu'elle
lui laissait l'entière et absolue propriété de ses
biens (1).

Enfin, à la donation *mortis causa* même partielle,
le parent ou l'ami qui intervient au contrat, préfère
la donation entre vifs d'une chose certaine, de tel
champ, de telle rente, de telle somme d'argent ou

(1) Il arrivait parfois, en vertu d'une clause du contrat de mariage, qu'on pourrait appeler « clause d'incompatibilité », que l'instituant se dépouillait au profit de l'époux institué d'un partie de son patrimoine à titre d'avancement d'hoirie. En voici un exemple : « Et a été convenu qu'en cas d'incompatibilité ledit Chaput, père de la future épouse (instituant), sera tenu et s'oblige de délivrer auxdits futurs époux par avancement d'hoirie le quart et quatrième partie de tous et chacuns ses biens meubles et immeubles.... ». Il y avait et il y a encore incompatibilité lorsque les époux font mauvais ménage avec les parents du mari ou de la femme qui les ont reçus dans leur maison « à mêmes vivres et même couvert », et que la co-habitation est devenu impossible.

En général le cas d'incompatibilité n'enlevait rien de sa force à l'institution contractuelle ; celle-ci gardait donc même dans cette espèce son caractère d'irrévocabilité.

pension. Une des formes bien connues de la donation entre vifs, celle dont se sert fréquemment le père pour doter sa fille, c'est la constitution de rente (1). Le père délaisse à sa fille la pleine et absolue propriété d'un fonds de terre, dont le revenu est estimé de même valeur que les arrérages de la rente qu'il constitue : la translation de propriété de ce fonds de terre constitue l'assiette de la rente, et pour servir à l'évaluation exacte du revenu, on trouve dans la Coutume de longues tables d'estimation des choses qui peuvent se donner en assiette; en outre, les parties conviennent souvent de s'en remettre à la décision d'un ou plusieurs arbitres qui, de part et d'autre, fixeront au plus juste la valeur du revenu du fonds donné en assiette. Telle est l'idée de la constitution de rente que nous donnent les commentateurs, et Chabrol (2) dit nettement : « Une assiette
« promise en fonds de terre, pour cause de mariage,
« pour dot, légitime... obligeait à un délaissement
« effectif de cens ou autres immeubles, à concur-

(1) Loyseau, des rentes. Liv. 1, chap. VII, n°17, dit qu'il n'y a pas, dans l'espèce, de véritables constitutions de rentes, mais plutôt une vente. Dans ce cas, il faudrait conclure que la donation arrive au donataire, diminuée des droit de lods et ventes. Dans ce cas de constitution de rente, la nature de la dot était immobilière ; l'ancien droit donnant plus volontiers le nom d'immeubles ou héritages aux choses qui avaient un caractère nettement accusé de perpétuité et de rapport ; plutôt qu'à celles qui avaient un caractère de stabilité ou d'immobilité. Cette constatation avait alors de l'importance : le mari ne pouvant disposer de la dot immobilière ne pouvait donc pas vendre sa rente. Au contraire, si on avait reconnu à la constitution de rente le caractère mobilier, le mari, véritable *dominus* de la dot mobilière, aurait pu réaliser.

(2) Chabrol, tom. 3, pages 651 et 659.

« rence du revenu promis, et en se conformant aux
« évaluations de la coutume. » Et plus loin : « Pro-
« mettre à une fille 100 livres de rente censuelle, en
« assiette, c'était la même chose que de lui constituer
« des terres et héritages, jusqu'à concurrence de
« 100 livres de rente annuelle; c'est-à-dire produi-
« sant 100 livres relativement à l'évaluation de la
« Coutume ».

Cette assiette de rente n'était usitée que dans les contracts seigneuriaux et pouvait être établie par un membre quelconque de la famille, au profit des futurs époux, tandis que le droit de lever la taille, en vue de la constitution de dot de la fille du seigneur, n'existait qu'au profit de ce seigneur, c'est-à-dire du père, et quelquefois du grand-père, quand celui-ci prenait à sa charge l'obligation de doter. Les termes restrictifs des articles 439 et 440 ne permettent pas d'interprétation différente : « Le
« seigneur haut justicier a droict et faculté de
« tailler ses hommes réseans et subjects en sa haute
« justice et pour raison d'icelle en quatre cas ». Article 440 : « C'est à sçavoir (suivent les trois premiers cas).... Et quand il marie ses filles en pre-
« mières nopces. »

A cette restriction indirecte, mais importante des pouvoirs de la féodalité en cas de mariage d'une fille de condition seigneuriale, il convient d'apposer celle beaucoup plus sérieuse des pouvoirs de la famille serve qui marie une fille (1). Les parents peuvent

(1) A d'autres points de vue, la fille de condition serve qui se mariait, était tenue de certaines obligations graves vis-à-vis de son seigneur. Chabrol, tom. 3, p. 484, en traitant des droits

bien, sans difficulté, lui constituer, en dot par donations entre vifs, leurs héritages sujets à main-morte, mais ils n'ont pas la liberté de faire, en sa faveur, une institution contractuelle, à moins d'avoir déjà des enfants, ou de conserver l'indivision avec la future qui s'établit; car ce serait attenter au droit du seigneur de succéder à son main-mortable dans les cas prévus par la Coutume. On peut aisément

seigneuriaux extraordinaires, nous dit : « Dans d'autres terres « et notamment celles de Combrailles, il est dû un droit pour « le mariage des filles et lorsqu'on fait un fils prêtre : ces « droits tiennent à ceux de main-morte. Le droit pour le mariage s'appelle aussi corsage et partenage dans quelque lieu « comme à Biauzaat, où il est réglé à 7 sous, 6 deniers.... » « Quelle peut être l'étymologie de nom de ce droit seigneurial? « peut être y a-t-il un pont pour entrer à l'église, et que les mariés doivent ce droit, comme un péage pour passer sur ce « pont, lors de la cérémonie et bénédiction du mariage ». Quant au droit de corsage qui devient de bonne heure une simple redevance pécuniaire, il est connu sous le nom de droit du seigneur et il s'est exercé sur la fille du vilain à l'époque où existait le droit pour le suzerain de marier à son choix la fille de son feudataire : « La vilaine pauvre et sans dot ne vit pas « sa main mise aux enchères, comme celle de la noble vassale, « la tyrannie féodale s'exerça sur elle d'une autre manière : « on lui prit ce qu'on pouvait lui prendre, et à défaut d'autre « bien, pour acheter le consentement de son maître, elle dut lui « livrer son honneur ». Gide, op. cit., page 359. Il est intéressant de citer à ce sujet un passage de Chabrol, relatif à la puissance seigneuriale de l'Eglise : « Des ecclésiastiques « faisaient payer des droits aux mariés pour coucher ensemble « la première nuit de leurs noces ; usage condamné par le « même arrêt, du 19 mars 1401 ou 1409.... Un curé, au rapport « de Boërius, osa soutenir, en justice réglée, et devant son métropolitain de Bourges, qu'il avait le droit de coucher avec « ses paroissiennes la première nuit. *Ego vidi*, dit cet auteur, « *in curia Bituricensi coram metropolitano processum appellationis in quo rector seu curatus parochialis prætendebat ex « consuetudine primam habere carnalem sponsæ cognitionem, « quæ consuetudo fuit annullata* ». Chabrol, t. 2, p. 147.

déduire cette idée de l'article 471 : « Le seigneur
« direct qui a audit pays droict de condition, de
« main-morte, succède à son emphyteute condi-
« tionné de ladicte condition séparé et devis de ses
« parens ou lignagers, qui trespasse sans descen-
« dans de son corps en loyal mariage à l'héritage
« conditionné de ladicte condition tant seulement ».

Cet article, déjà important dans la matière qui nous occupe, sert à nous expliquer une des principales raisons d'être des communautés taisibles. Il faut y voir l'origine de cette clause du contrat si fréquente autrefois, mais qui a subsisté jusqu'à la veille de la Révolution, tout en ayant perdu son intérêt primitif et n'ayant plus gardé que la signification « d'entrer gendre, d'entrer fille ». « Et a esté
« convenu que led. futur époux sera tenu et promet
« d'aller faire sa demeure et continuelle résidence
« dans la maison et à la compagnie des père et mère
« de lad. future espouse pour y vivre à même pot et
« feu, y travailler et négossier comme enfant adop-
« tif de lad. maison... » (1).

Telles sont les conventions les plus ordinaires que contiennent les contrats de mariage rédigés sous l'empire de la Coutume : elles sont presque toujours accompagnées de clauses pénales ou d'affectations hypothécaires destinées à en assurer la stricte exécution. Ainsi, relativement à la constitution de dot, on trouve quelquefois une formule rappelant la *stipulatio pænæ* romaine : le constituant qui n'aura pas, aux termes convenus, payé la dot ou les arrérages de

(1) Contrat de 1760.

la dot au mari, devra verser à ce dernier une certaine somme à titre de dommages et intérêts. On trouve plus souvent une promesse d'intérêts; si le constituant ne verse pas, aux époques fixées par le contrat, la dot ou les acomptes sur la dot qu'il doit alors payer, les intérêts au taux déterminé par les parties courent contre lui aussitôt après l'échéance. Relativement à la constitution de dot, on trouve à la charge du mari des conventions analogues : souvent même, le rédacteur se contente d'écrire que la restitution de la dot s'exécutera de la même manière, aux mêmes termes et délais, et avec les mêmes charges que le paiement de la dot par le constituant au mari.

Mais, comme ces clauses pénales et ces stipulations d'intérêts n'auraient pas, à elles seules, une grande efficacité, puisque le constituant ou le mari qui se refuserait à payer ou à rembourser le capital, chercherait, à plus forte raison, à échapper aux amendes et aux intérêts contractuels, elles sont toujours accompagnées d'une affectation hypothécaire. Le constituant, pour le paiement, le mari, pour le remboursement de la dot, offrent en garantie leurs immeubles (1). Et c'est là une nouvelle utilité du

(1) Indépendamment de l'hypothèque de la femme pour la restitution de sa dot, il peut y avoir dans le contrat de mariage une clause de nantissement. Chabrol, toni. 2, page 271 en expose très nettement les effets : « On stipule fréquemment dans « les contrats de mariage, que la femme devenant veuve de- « meurera saisie et nantie et fera les fruits siens, sans imputa- « tion (et voilà la vraie clause pénale, le vrai système d'as- « treinte) et jusqu'à l'entière restitution de sa dot.... Cette ju- « risprudence peut avoir ses dangers. Si une dot était modique « et que les biens du mari fussent deux fois plus considérables, « la femme percevait un intérêt bien excessif ; il pourrait se

contrat de mariage notarié créant, par lui-même, une hypothèque générale d'une importance énorme quand elle frappait le patrimoine d'un seigneur ou d'un riche bourgeois. M. Planiol, s'inspirant de M. Esmein, dit : « L'introduction de l'hypothèque « dans notre droit, n'a pas été l'effet d'un emprunt « direct fait d'un seul coup au droit romain. On la « voit d'abord se produire au ^{xiii}^e siècle, sous le « nom d'obligation *bonorum* » (1).

C'est cette « obligation des biens » qui a pris, au ^{xvi}^e siècle, le nom romain d'hypothèque et elle en était réellement l'équivalent. Primitivement, l'*obligatio bonorum* pouvait être établie aussi bien par acte privé que par acte public. Il en a été ainsi jusqu'au ^{xv}^e siècle. Mais cette égalité primitive ne se maintint pas : l'infériorité de l'acte privé est déjà constatée au ^{xv}^e siècle, par Rebuffe (mort en 1557), et par Dumoulin. Depuis lors, l'acte public ou notarié peut seul constituer une obligation hypothécaire (1).

Cette constitution d'hypothèque sur les biens du mari garantissait la restitution de la dot de la femme et était, avec le douaire, qu'on peut assimiler

« faire même que le revenu d'un an des biens de son mari excédât le capital de la dot.... Il faut considérer cette clause « comme une espèce de gain conditionnel, ou comme un avancement du mari à la femme (à nos yeux nous le répétons c'est « une clause pénale) et les héritiers doivent s'imputer de ne « pas hâter la restitution de la dot ; il dépend d'eux de rendre « la clause sans effet ».

(1) Le terme obligation synonyme d'hypothèque se trouve plusieurs fois dans Masuer ad exempl. Masuer, titre 30, parag. 4 et 13. Et dans la Coutume, vide art. 236.

(2) Planiol, *dv. cit.* t. 2, p. 790 et 791.

d'ailleurs, quant au paiement et aux sûretés, à la dot elle-même, une compensation accordée à la femme pour contrebalancer les pouvoirs absolus d'administration du mari pendant le mariage. Et l'on voit que cette constitution était d'un usage courant puisqu'on l'avait permise au mineur. Chabrol (1) dit, à cet égard : « Il est juste qu'un mineur qui est habile
« à contracter mariage, ait la capacité de recevoir
« la dot et de donner des sûretés pour sa restitution :
« *habilis ad nuptias, habilis est ad consequentias* ». La constitution d'hypothèque était, comme celle du douaire, rangée dans la catégorie des dispositions que le mineur pouvait faire valablement dans son contrat de mariage, comme étant de celles que les majeurs font habituellement en se mariant. Au xvi^e siècle d'ailleurs, la formule que l'on rencontre habituellement à la fin de l'acte (2) n'était même pas nécessaire : car, de l'idée que l'acte notarié pouvait seul contenir une constitution d'hypothèque, on a vite passé à celle que tout acte notarié emportait par lui-même, en dehors de toute clause spéciale, cette constitution. « Un des résultats les plus origi-
« naux de l'ancien droit français a été la création
« d'une hypothèque générale et tacite, attachée de
« plein droit à tout acte notarié, alors même qu'il
« n'aurait pas été question d'hypothèque dans l'ac-

(1) Chabrol, t. 2, p. 169.

(2) « A l'exécution des présentes les parties ont obligé tous
« leurs biens présents et avenir » ou encore : Carainsy les par-
« ties l'ont convenu et à l'entretenement chacune en droit
« soy ont obligé tous leurs biens.... »

« te » (1). Cette théorie a fortement contribué à effacer, momentanément du moins, l'hypothèque romaine créée par Justinien, hypothèque privilégiée cependant, qui donnait à la femme des garanties de premier ordre pour la restitution de sa dot, puisque celle-ci, après la dissolution du mariage, passait, sans discussion, avant tous les créanciers chirographaires de son mari et primait les créanciers hypothécaires même antérieurs au mariage. L'hypothèque légale romaine n'a cependant pas complètement disparu ; elle est restée l'arme légale par excellence de la femme mariée sans contrat ; ses applications, il est vrai, sont devenues très rares, puisqu'il était d'usage, à peu près constant, de dresser un contrat de mariage, quels que fussent la condition, l'âge des futurs et les conventions qu'ils se proposaient de faire. Cette habitude d'insérer dans le contrat de mariage une constitution d'hypothèque, à la sûreté du paiement et de la restitution de la dot, a eu, comme effet immédiat, de ne donner rang à l'hypothèque que du jour du contrat, et comme conséquence indirecte de faire abandonner, par les rédacteurs du Code civil, les rigueurs de la loi *Assiduus* qui sacrifiait maladroitement, abusivement même les intérêts des créanciers hypothécaires antérieurs au mariage, en permettant à la femme de les primer sur un gage qui aurait dû, à eux seuls, appartenir. En somme, avec cette Coutume, la femme a gagné et perdu tout à la fois. Si le droit de préférence de la femme n'est plus venu frapper le patrimoine du

(1) Planiol, t. 2, p. 792.

mari antérieur au mariage, et si la femme n'a plus joui de cette rétroactivité qui était, en même temps qu'un avantage exorbitant pour elle, une injustice pour les créanciers du mari ; en revanche, son hypothèque pleine et entière, c'est-à-dire avec le droit de préférence et le droit de suite qu'elle comporte, a pris naissance à une date exacte, le jour du contrat. Le droit de suite, qui ne s'exerçait autrefois qu'à partir de la célébration du mariage, a pu désormais naître avantageusement plus tôt, si l'on admet, ce qui arrivait souvent, que la rédaction du contrat avait lieu assez longtemps avant la célébration du mariage.

De cette hypothèse générale créée par le contrat de mariage notarié, au profit de la femme ou du mari, sur les biens du constituant, de cette hypothèque légale privilégiée, organisée par Justinien et conservée avec tous ses effets, en Auvergne, pour la femme qui n'avait point fait de contrat, la coutume, et, avant elle Masuer, nous ont dit fort peu de choses (1). Masuer se demande bien si le droit de préféré-

(1) Justinien donnait à la femme le droit de primer les créanciers hypothécaires du mari même antérieurs au mariage sur les biens actuels du mari au moment de la célébration du mariage. Le bénéfice de cette exception à la règle *prior tempore potior jure*, n'a point été étendue à l'hypothèque de l'acte notarié. Voilà la perte. Mais l'hypothèque notariée naissant ainsi au profit de la femme à une date bien antérieure à la célébration du mariage, peut frapper des biens que l'hypothèque romaine n'atteignait point, c'est-à-dire tous ceux qui depuis le contrat jusqu'à la célébration du mariage, sont sortis du patrimoine marital. Voilà le bénéfice. Et ce bénéfice seul expliquerait, même en dehors des multiples raisons qui poussaient les familles à la rédaction d'un contrat de mariage, la faveur constante dont le « pacte de famille » a joui dans notre ancien droit.

rence s'exerce sur les biens du mari à la célébration du mariage, ou seulement à l'époque du paiement de la dot; il décide qu'il faut en reporter l'effet à l'instant de la célébration (1). Ailleurs aussi, il parle de l'existence d'une hypothèque au profit de la femme, pour garantir la restitution de sa dot, quand il dit, faisant allusion à la fois à l'incapacité velleienne et à la nullité des donations entre époux : « *Item mulier pro facto viri sui nullatenus potest obligari, nec etiam renuntiare obligationi seu hypothecæ, quæ sibi competit ob causam dotis, seu alias...* » (2). Et plus loin : « *Item si mulier renunutiaverit obligationi hypothecæ, cum vir vendit domum, non valet, maxime si non supersint alia bona sibi obligata* » (3).

L'article 236 de la Coutume qui renouvelle pour l'Auvergne l'interdiction velleienne, dit très nettement : « Femme constant le mariage ne se peut obliger pour le faict de son mary, ne de celui ou ceux à qui sondict mary puisse succéder, ne aussi renoncer aux obligations et hypothèques à elle appartenant. » Mais nulle part on ne trouve de renseignements précis sur ces sûretés données à la femme, et il faudra, lorsqu'on s'occupera de la restitution de la dot, se servir souvent des principes du

(1) « *Item, an debeat inspicere tempus matrimonii vel solutionis dotis quo ad prioritatem utpotè si dote promissa nondum soluta, maritus alteri obligaverit bona sua ? (dicunt doctores) quod favore dotis inspicitur tempus contracti matrimonii...* ». — Masuer de oblig., tit. 30, parag. 31.

(2) Masuer de oblig., tit. 30, parag. 4.

(3) Id. parag. 13.

droit romain qui reste en Auvergne la raison écrite, et auquel les commentateurs ont eux-mêmes toujours eu recours, dans le silence de la Coutume (1).

(1) Dans beaucoup de contrats de mariage, on voit également les parties s'obliger par serment à accomplir les obligations par elles consenties dans le corps de l'acte. Il ne faut voir dans cette clause qu'une survivance, dépourvue de toute sanction juridique, de la célèbre théorie du serment confirmatoire : cette clause qui n'avait donc aucune valeur au temps de la Coutume rédigée et que les notaires dans certains endroits s'obstinaient, par pure routine, à insérer en fin d'acte à côté de la constitution d'hypothèque, ne doit pas être considérée comme un simple renforcement de cette dernière. Dans l'esprit du rédacteur et des parties, elle était destinée à parer par avance aux nullités que le contrat pouvait contenir : à leurs yeux, l'obligation religieuse devait revivifier une obligation civile mort-née. « Chaque fois qu'une disposition de loi aurait gêné la conclusion d'un contrat, celle des parties qui aurait pu s'en prévaloir dans la suite pour obtenir l'annulation y renonçait par avance, et tout se passait comme s'il n'y avait eu aucune prohibition : ainsi le mineur renonçant à invoquer le bénéfice de l'*integrum restitutio*, l'on pouvait contracter avec lui en toute sécurité, la femme mariée renonçant à la loi Julia pouvait aliéner son fonds dotal. Pour donner plus d'autorité à cette pratique, on prit l'habitude, sous l'influence des canonistes, de la confirmer par un serment : c'était la renonciation jurée. Bientôt le serment devint inséparable de la renonciation. Or jurer qu'on ne se servira pas des armes fournies par la loi pour attaquer un contrat annulable et par là même rendre ce contrat irrévocable, qu'est-ce sinon faire un serment confirmatoire ? » J. Favre, thèse, doc. — Le serment confirmatoire dans l'ancien droit français, 1903.

CHAPITRE III

Administration et pouvoirs du mari pendant le mariage

- I. Paiement de la dot.
- II. Du supplément de dot.
- III. Actes d'administration.
- IV. Limite où ils deviennent actes de disposition.
- V. Actes de disposition interdits au mari en principe.

Après avoir étudié le régime dotal auvergnat les principes de l'autorité maritale et de la capacité civile de la femme, ainsi que tous les éléments du contrat de mariage : constitution de dot, clauses extensives ou restrictives de la capacité de la femme, donation entre époux dans le contrat, donation aux époux par les parents ou les étrangers, affectations hypothécaires, examinons maintenant comment, dans le cours régulier du mariage, fonctionnaient les divers rouages de cette puissante machine juridique que nous avons vu édifier.

I

La dot est la raison même du régime dotal. La coutume a fait au père l'obligation de doter sa fille et dans son article 115, elle déclare expressément que la fille mariée sans dot « peut seulement requérir estre douée selon que les autres filles de la maison, s'aulcunes y en a, ont esté douées » ; et

si cette fille n'a pas de sœur, on la dote, sur l'avis du conseil de famille, selon la fortune de ses parents, et selon l'usage du lieu. La dot n'est d'ailleurs que la continuation de la dette alimentaire du père, et celui-ci, au cas où sa fille a des biens personnels qu'elle se constitue en dot à son mariage, perd son usufruit s'il ne se le réserve pas expressément. Le mari n'est donc pas tenu de nourrir et entretenir sa femme à ses propres frais, si la famille de celle-ci possède, pour la doter, des ressources suffisantes (1). Chabrol (2) dit : « Bénédicte s'érigeant en casuiste « rigoureux, décide que le père est tenu de doter sa « fille, quoiqu'elle trouve un mari qui n'exige pas de « dot... et que le mari qui épouse une femme sans « dot, commet un péché. » Le premier soin du mari, son premier devoir même, va être de se faire payer la dot convenue au contrat (3).

(1) Mais en cas d'indigence de la femme, en cas même d'insuffisance des revenus dotaux, le mari doit nourrir et entretenir sa femme, à ses frais ; c'est pour lui le corollaire de l'obligation de sa femme qui est tenu de le secourir, s'il est dans le besoin, et qui peut, dans ce but, aliéner ses biens dotaux.

(2) Chabrol, t. 1, page 490.

(3) A la dissolution du mariage, le mari est présumé avoir reçu la dot ; il en est donc tenu, s'il n'arrive pas à prouver en justice qu'il n'a en réalité rien touché pendant le mariage. Actuellement, la même présomption existe contre le mari, après dix ans de mariage (article 1569 C. civ.). On pourrait par des citations multiples prouver toute la faveur de la Coutume pour le mari qui réclame le paiement de la dot. Voici un article qui témoigne du souci constant de nos coutumiers d'appliquer le même traitement au mari qui demande le paiement de la dot et à la femme qui en réclame la restitution : « Et non lieu les- « dits respits d'un ou de cinq ans contre le mary poursuivant la « dot de sa femme, ne aussi contre la vefve poursuivant le

Mais sa conduite et ses droits varieront suivant la teneur de l'acte. La plupart du temps, du moins dans les ménages riches, on a stipulé la dot payable immédiatement, et le contrat en porte quittance : dans ce premier cas le mari agira efficacement : il aura la dot dès l'instant de la signature de l'acte; il l'obtiendra encore pendant le mariage, s'il a eu la précaution de faire signer, par le constituant, une reconnaissance que la dot n'a pas été payée lors du contrat, quoique l'acte en ait porté quittance; et, même dans cette dernière hypothèse, il ne pourra pas demander d'intérêts, à moins qu'il n'y ait eu clause formelle à cet égard, car il est d'usage constant que ceux-ci ne couraient pas pendant la première année du mariage.

D'autres fois, et cela était le fait des familles de paysans et d'agriculteurs, on a stipulé la dot payable en plusieurs termes : « Led. J.-M... père, en « faveur du présent mariage, a donné et constitué à « lad. future espouze, sa fille, pour tous biens pater- « nels et maternels, la somme de trois cents livres, « laquelle somme ledit J. M... promet de payer... à « raison de cent livres pour chacun terme à com- « mencer au 25 may prochain, et ainsy sera con-

« paiement ou restitution de sa dot.... ». Article 245. — Ajoutons que la prescription de 30 ans court au profit du constituant, contre le mari qui a négligé pendant ce délai de réclamer le paiement de la dot. La veuve, quand son mari est mort solvable, dirige son action en répétition contre les héritiers de celui-ci, parce que la prescription ayant également couru contre elle pendant le mariage et l'ayant désarmée vis-à-vis du constituant, la loi, soucieuse de lui assurer une dot, présume en sa faveur que le mari l'a reçue.

« tinué chacune des deux années suivantes, néant-
« moins sans intérêts jusqu'après lesd. termes. »
On choisissait comme termes les jours de fêtes de
l'année religieuse, par exemple le jour de Notre-
Dame-de-Mars, celui de Notre-Dame-d'Août, ou
encore celui de la Saint-Martin, qui est maintenant
fixé de préférence comme jour d'échéance (1).

(1) Les commentateurs n'hésitent pas à affirmer que quand le père qui a constitué la dot devient insolvable, le mari qui a le droit strict de se faire payer la dot convenue, peut se retourner contre la mère et discuter le quart de ses biens dotaux. Cette décision, destinée à sauvegarder les conventions faites par contrat de mariage en faveur des époux, s'appuie sur l'art. 144 de la Coutume : « Femme constant son mariage, peut disposer par « contrats entre yifs, de la quarte partie de ses biens dotaux et « au-dessous, pour le mariage de ses filles, et autres descen- « dans, là où son mari n'aurait de quoi marier ses dictes filles « ou autres descendants, selon son état ».

Il y a des arrêts nombreux en ce sens ; mais il nous semble que la décision est mal fondée. La plupart des arrêts cités (ad. ex. Chabrol, tom. 2, p. 246), visent le cas où le père et la mère ont doté conjointement leur fille ; dans cette espèce, la mère s'est engagée : elle est logiquement tenue de ses engagements même sur ses biens dotaux. Mais on ne saurait raisonnablement, la dot ou une bonne partie de la belle-mère pour l'exécution d'une constitution faite par le seul beau-père. Ordinairement, la dot ou une bonne partie de la dot, est payable au moment du contrat qui en porte quittance ; il ne tenait qu'au futur de vérifier alors la solvabilité de son beau-père et d'exiger l'intervention de sa belle-mère ou même le cautionnement d'un membre de la famille de sa femme ; il ne l'a pas fait : il faut le rendre seul responsable de son incurie et lui appliquer l'axiome : la loi ne protège pas les négligents. Et encore, pour que le gendre puisse régulièrement se retourner contre la belle-mère, il faut que la clause : le père et la mère dotent conjointement, soit très explicite ; que la mère soit nominativement nommée dans l'acte, comme s'engageant à doter sa fille ; que la somme ou les biens qu'elle constitue soient expressément mentionnés. C'est l'opinion que soutient Chabrol lui-même, tom. 1, p. 474, ce qui n'empêche pas cet auteur de développer t. 2, page 246, l'idée que nous combattons !

Si la constitution de dot a porté sur un ou plusieurs immeubles, le mari pourra, le plus habituellement, en jouir immédiatement. Quelquefois, on lit dans le contrat que le mari n'entrera en possession qu'après la levée des récoltes. Cette clause, très licite et très compréhensible, qui n'est pas en harmonie avec les dispositions de l'article 585 C. Civ. sur les droits de l'usufruitier, sur les fruits naturels et industriels, était souvent accompagnée d'autres, relatives au mode futur d'exploitation de la propriété, et à la culture du sol. Quoiqu'il en fût, le mari, pour entrer en jouissance du fonds dotal, devait, selon toute vraisemblance, procéder, en compagnie de sa femme, aux mêmes solennités de la prise de possession que l'acheteur d'un immeuble. Il est probable d'ailleurs que cet acte de prise de possession, dressé par le notaire, assisté des parties et des témoins, n'était, sur la fin de l'ancien droit, qu'une survivance de la tradition symbolique du haut Moyen-âge *per cespitem, per ramum*, etc.. Jusqu'à la rédaction du Code civil, l'idée romaine que la simple convention est impuissante à transférer la propriété et que la tradition est nécessaire, a subsisté, en Auvergne, comme par toute la France. Et si Domat (2), le jurisconsulte auvergnat qui,

Tome 1, il se base sur la loi *si pater*, 7 cod. *de dotis promiss'* « (cette loi) dit que la dot constituée par le père, est toute paternelle, quand même il serait dit qu'elle est pour tous les « droits paternels, maternels et autres... (et plus bas) en un « mot, il doit exprimer distinctement ce qu'il donne de son « chef... et il doit se reprocher les risques qu'il court ».

(2) Domat, loix civiles, liv. 1, tom. 2, section 2.

dans sa province, a fait briller d'un si vif éclat la science du droit, démêlait hardiment, dans l'accord réciproque des deux parties, de vendre et d'acheter le transfert même du droit de propriété, et n'envisageait plus la tradition que comme une simple délivrance, c'est-à-dire une exécution toute matérielle de l'obligation, d'autres jurisconsultes, comme Pothier, restaient fidèles à la doctrine romaine. Quoiqu'il en fût, au point de vue doctrinal, la tradition par constitut possessoire, par clause de dessaisine-saisine, la tradition de brève et longue main, la prise de possession matérielle de la chose, ont toujours été constatées jusqu'à la fin de l'ancien régime dans les actes notariés : « Nous, notaire royal des
 « deux sénéchaussées d'Auvergne, notaire ordinaire
 « au comté d'Aubijoux, nous sommes transporté
 « avec B... (le requérant) et nos témoins ci-après
 « nommés (suit l'énumération des propriétés). Ou
 « étant led. B... s'est promené dans le chacun desd.
 « héritages, a jeté de la terre et des pierres et a
 « déclaré, à haute et intelligible voix, qu'il en pre-
 « nait la vraie, réelle, actuelle et corporelle posses-
 « sion et saisine; il nous en a requis acte que luy
 « avons octroyé pour valoir et servir ce que de
 « raison. »

Une dot constituée originairement en effets mobiliers pouvait fort bien, du consentement du constituant et des deux époux, être payée en immeubles. Il y avait alors, comme maintenant du reste, d'après l'article 1395 (3^e alinéa) C. Civ., dation en paiement. Mais les auteurs du Code, ayant continuellement en vue la prohibition des avantages indirects entre conjoints, ont réservé les droits des héritiers des parties contractantes, en leur permettant de contrôler la

sincérité de la dation. Les rédacteurs de la Coutume, à qui pourtant cette même idée était chère, n'ont pas pris les mêmes précautions; ils se sont contentés de constater que dation en paiement de deniers dotaux vaut vente : « Lotz et vente sont deuës pour héritage
« baillé en paiement de deniers dotaux ou au-
« tres » (1). Et Prohet et Chabrol n'ont apporté qu'une seule exception à ce principe : c'est le cas où le père a eu la précaution, dans le contrat de mariage, « de se réserver la faculté de délaisser des
« fonds en acquittement de la dot ». Dans ce cas, conclut Chabrol (2), « il serait favorable de donner à ce délaissement un effet rétroactif, et en réunissant les deux actes, de feindre que le délaissement projeté dans le contrat y a été effectué... »

Il faut signaler une autre dérogation à la règle. La dation en paiement des deniers dotaux d'une fille non forclose de la succession de ses parents ne vaut pas vente. Mais, comment la fille mariée avec dot, en dehors de la maison de son père, peut-elle venir à la succession de ses parents ? On doit supposer que le père a usé du droit que lui donne l'article 107 de la Coutume : « Le père et autres ascendants, en ma-
« riant en premières nopces leur fille et autres des-
« cendants en droicte ligne, peuvent réserver, à leur
« dicte fille et autres descendants en droicte ligne,
« droict successif de père, mère et autres sesdicts

(1) Art. 210 de la Coutume.

(2) Chabrol, tom. 2, page 629.

« parens. » Si la fille n'est pas forclose (1), les délaissements en terre que son père lui fait sont considérés comme des avancements d'hoirie ; si ces délaissements sont opérés par les frères de la fille, chargés par l'auteur commun de constituer une dot à celle-ci, on peut considérer cette dation en paiement comme une des premières opérations du partage ; et le principe coutumier est que le partage ou tout acte équivalant à partage, ne donne pas ouverture aux droits, c'est-à-dire, n'est pas considéré comme vente.

Mais si le mari et la femme peuvent valablement recevoir une dation en paiement, avec charge en cas de forclusion, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, de payer des « droicts de lods et ventes », sans aucun frais au contraire, lorsque la fille n'a pas été forclose, peuvent-ils, avec la même facilité, agir en supplément de dot ? La Coutume ne dit rien à ce sujet, mais ses commentateurs y font quelques allusions. Ainsi, Chabrol (2), traitant de la renonciation de la femme mariée aux successions directes et collatérales, cite et commente un arrêt de la sénéchaussée d'Auvergne de 1782 : «.... Enfin, on tiroit avantage
« de ce que le sieur Chiron, père, lui (à sa fille) avait
« donné un supplément de dot de trois cents livres,
« et on disoit que s'il n'eût pas eu lieu de s'assurer
« qu'elle avoit renoncé, et qu'elle ne devoit avoir

(1) Il faut se rappeler que le père et la mère peuvent instituer leur fille leur héritière universelle à charge de doter, c'est-à-dire de pourvoir de leur légitime les autres enfants, fils ou filles.

(2) Chabrol, tom. 1, page 403.

« aucune part à la succession, il n'auroit pas augmenté sa constitution de dot... » (1).

II

Les époux demandaient un supplément de dot, lorsque leur contrat de mariage contenait une promesse d'égalité; c'est-à-dire lorsque le père et la mère de la femme, s'étant obligés, en la dotant, à ne pas faire de constitution plus forte à ses sœurs, avaient manqué à leur engagement, en avantageant les autres enfants, soit par disposition entre vifs, soit même par legs testamentaire.

Les conjoints agissaient encore valablement en supplément de dot, quand il ressortait clairement que la femme n'avait pas été dotée suffisamment eu égard aux usages locaux, à la situation pécuniaire de sa famille, au rang que les époux étaient appelés à tenir. C'est ce que l'on peut inférer des termes de l'article 115. La Coutume, en effet, pour déterminer

(1) Si on agite ici cette question du supplément de dot, c'est qu'elle trouve tout naturellement sa place à côté de celle du paiement de la dot. Mais il est bien entendu qu'en vertu du principe restrictif : les biens à venir ne sont pas dotaux, en vertu aussi de l'idée que l'action en supplément est personnelle et ne peut être intentée que sur l'initiative de la femme seule, le supplément ainsi obtenu sera extra dotal. C'est l'opinion de Basmaison et de Chabrol (tome 2, page 265). Si l'on met ici les deux conjoints en cause ce n'est pas parce que la femme a besoin pour agir de l'autorisation maritale (elle est dame et maîtresse de ses paraphernaux), c'est parce que la femme, conseillée par son mari, lui cède à la fois le soin de poursuivre l'action en justice et la jouissance du supplément quand il l'a obtenu (article 180).

le chiffre moyen de la dot d'une fille, ne se base pas sur le montant de sa légitime, puisque, d'après un usage constant, la fille était forclosée de la succession *ab intestat* des membres de sa famille; elle cherche seulement à établir l'égalité entre sœurs, et s'il n'y a qu'une fille, elle renvoie, pour la computation de sa dot, « aux constitutions des mariages du lieu, et voir s'ils sont de semblable qualité ».

Enfin, les conjoints étaient bien fondés à agir en supplément de dot, lorsque le contrat de mariage contenant, de la part de la femme, une simple renonciation conventionnelle, la dot promise par les bénéficiaires à la femme, en compensation de son départ, ne paraissait pas en rapport avec le montant des successions recueillies par ceux-ci. Mais, objecterait-on, pourquoi parler de renonciation conventionnelle; celle-ci n'a pas de raison d'être puisqu'il y a forclusion légale? Il y a forclusion légale pour tous les biens situés dans le ressort de la Coutume; mais, pour les biens sis en pays de droit écrit, la règle successorale romaine reprend toute sa vigueur: pour que la fille qui se marie ne puisse venir à succession, il faut qu'elle renonce expressément. Dans le dernier état du droit romain, en effet, la *manus* n'existe plus; la femme mariée ne sort donc pas de sa famille et a le droit de venir à la succession de son père au même titre que ses frères.

Plusieurs autres hypothèses seraient à envisager comme celle, par exemple, où la fille a été mariée par sa mère, après la mort de son père. La fille sera légalement forclosée de la succession paternelle, mais elle conservera tous ses droits sur la succession maternelle, et concourra avec ses frères, à

moins qu'elle n'ait fait, dans son contrat de mariage, une renonciation expresse (1). Mais l'utilité la plus certaine des renonciations conventionnelles était que la fille mariée pouvait diriger sa renonciation en faveur de tel ou tel de ses frères, suivant la situation de la famille et les besoins du régime féodal. Un auteur (2) écrit :
« On faisait renoncer les filles, et souvent aussi les
« puinés, pour empêcher l'amoindrissement de la
« fortune par les partages... Ordinairement la fille
« renonçait à la succession de ses parents, au mo-
« ment où on la mariait en la dotant. »

III

Après avoir étudié comment le mari arrive au paiement de la dot mobilière et immobilière et du supplément de dot, dans les cas où il peut l'exiger, il faut maintenant examiner quels sont les actes d'administration proprement dits du mari sur le fonds dotal et quels sont ses droits de quasi-usufruitier sur la dot mobilière de sa femme.

Sur le fonds dotal, le mari peut accomplir tous les actes de jouissance qu'un usufruitier exécute. *Vir habet usufructuarium*, disait Masuer (3). Il a donc ce que les Romains appelaient le *jus utendi* et le *jus*

(1) Masuer, titre 33 des success. N° 11.

(2) Planiol, note sous la page 585, tom. 3, renvoi à Viollet précis. pages 826 et suiv. et à Loysel, n° 341.

(3) Masuer, titre 14 de dot. et matr. N° 10.

fruendi. Il a d'abord le droit de se servir de la chose ; si c'est un champ, de s'y promener, d'y exercer, en dehors de la jouissance proprement dite tous les droits accessoires que l'on peut imaginer, par exemple le droit de chasse ; ce droit qui existait d'une façon générale dans l'ancienne France, au profit du seigneur sur ses terres, et au profit du roi sur toute l'étendue du domaine royal, pouvait néanmoins être exercé par le bourgeois Auvergnat : de tout temps, en effet, il y a eu en Auvergne des Alleus, et notre Coutume est par là même appelée Allodiale. Elle proclame le principe que la terre est libre, alors que souvent ailleurs une savante hiérarchie du sol existe et que la présomption de la souveraineté ou de la servitude de la terre est seule connue.

Le mari a encore la liberté d'exercer toutes les servitudes attachées au fonds dotal. C'est, du reste, l'idée que développe l'article 597, C. civ., qui vise le *jus utendi* de l'usufruitier : « Il jouit des droits de servitudes, de passage et généralement de tous les droits dont le propriétaire peut jouir, et il en jouit comme le propriétaire lui-même. »

Si la *res dotalis* est une maison, le mari peut en faire son domicile ; s'il ne veut pas l'habiter, il la loue à un tiers, et c'est en percevant les termes périodiques du bail qu'il exerce son *jus fruendi*, c'est-à-dire son droit de jouir de tous les fruits que le fonds dotal est à même de fournir : fruits naturels, fruits industriels, fruits civils. On peut même dire que c'est un devoir pour le mari de louer et d'affirmer les maisons qu'il n'habite pas, les champs qu'il ne cultive pas : car, ayant reçu des biens en bon état, il doit les rendre de même à la dissolution du ma-

riage, et souvent aussi, comme on l'a dit plus haut, le contrat impose au mari certains modes d'exploitation et de culture du fonds dotal. Chabrol dit à ce sujet : « Le mari, ayant le droit de jouir des biens
« de sa femme, en bon père de famille, il a, par conséquent, celui de les affermer et de les louer ; mais
« comme il n'est pas propriétaire, les baux qu'il
« est en droit de faire ne peuvent excéder neuf ans,
« pour les héritages de la campagne, et six ans pour
« ceux de la ville. C'est la disposition de l'art. 227
« de la coutume de Paris » (1). Voilà donc l'usage de la partie coutumière. Dans les pays de droit écrit, le mari avait également le droit de louer le fonds dotal, mais c'est aux principes romains qu'il faut recourir pour reconnaître la limite de ce droit. Il était d'usage, à Rome, de fixer à cinq ans la durée du bail rural ; le bailleur qui désirait habiter la maison qu'il avait louée, la reprenait sans difficultés au locataire ; il pouvait même la vendre et l'acheteur n'était nullement tenu de respecter le bail consenti par le précédent propriétaire. Il est intéressant de rapprocher de ces dispositions les articles 1743 et 1761, C. civ., qui décident, le premier, que, à moins d'une clause spéciale contraire, écrite dans le bail, l'acquéreur « ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique » ; le second, qu'en principe « le bailleur ne peut résoudre la location,

(1) Les commentateurs constatent d'ailleurs que la femme ou ses héritiers, à la dissolution du mariage, ne peuvent congédier le locataire même avec des dommages-intérêts ni résilier arbitrairement le bail du fermier.

« encore qu'il déclare vouloir occuper par lui-même
« la maison louée ».

Ces différences, une fois signalées entre la Coutume et le droit écrit, il faut reconnaître qu'ici comme là, le mari touche lui-même les loyers et fermages. D'une manière générale, il perçoit les revenus de la dot et même le capital de la dot mobilière; il en donne quittance en son nom, et c'est la conséquence de son droit de propriétaire sur celle-ci. On a constitué dix mille livres en dot à la femme; le mari dispose de cette somme comme il l'entend, il la dépense en libéralités, en achat, en plaisirs; c'était le système romain de la loi Julia et de la législation justinienne; c'est encore le système admis par l'article 1549, C. civ., qui donne au mari le droit de percevoir les fruits et les intérêts de la dot, « et de
« recevoir le remboursement des capitaux ».

Le mari vend les effets mobiliers autres que l'argent, par exemple les bestiaux d'une exploitation agricole, les marchandises d'un fonds de commerce. Il est vrai qu'à la dissolution du mariage, si les meubles n'ont pas été estimés, il sera tenu d'en rendre de semblables, car la règle formulée par Masuer ne distingue pas, entre la dot mobilière et la dot immobilière : « *Item, dos debet restitui mulieri, vel ejus
« hæredibus in eodem genere et qualitate, et in
« eadem bonitate* » (1). Le mari ne rendra néanmoins que de l'argent, si le contrat de mariage, comme nous venons de le dire, contient une estimation des effets mobiliers; à condition toutefois

(1) Masuer, titre 14 de dot. et matr. N° 12

que la femme n'ait pas mis obstacle à la faculté d'aliéner du mari, en faisant insérer par exemple dans l'état dressé dans le contrat ou l'inventaire opéré à la suite, que l'estimation servira seulement à fixer l'indemnité due par le mari en cas de perte des meubles. Enfin, le mari ne pourra point disposer à sa guise du capital dotal, si le contrat de mariage, comme nous l'avons supposé plus haut, contient une clause d'emploi. Il peut arriver, en effet, que le père n'ait à donner à sa fille ni fonds rural, ni maison à la ville, soit qu'il ne veuille pas désagréger un patrimoine homogène qui doit, dans sa pensée revenir en entier à sa mort à son fils aîné, soit qu'artisan ou commerçant lui-même, il n'ait à donner à sa fille que de l'argent. Mais, dans ce cas, surtout s'il n'a pas eu une grande confiance en la probité de son gendre, il a stipulé un emploi immédiat de cet argent en propriétés bâties ou non bâties.

Ces réserves faites, si nous développons jusqu'au bout les conséquences du droit de propriété du mari sur la dot mobilière, de son droit d'administration sur la dot immobilière, nous constatons qu'il peut poursuivre les débiteurs de la dot et exercer en justice toutes actions mobilières et réelles. Pour l'exécution des premières il agit seul devant les tribunaux et c'est bien la décision de la coutume de Paris qui dit, dans son article 233, que « le mari est seigneur des « actions mobilières et possessoires qui procèdent « du côté de sa femme, et qu'il peut agir seul et « déduire lesdits droits et actions en jugement, « sans sa femme ».

Pour l'exécution des secondes, il agit avec le concours de sa femme. Il semble même que, pour ces

questions qui touchent à la propriété, la femme devrait être la première en cause. En pratique, il est vrai, sur les actes de procédure, c'est le nom de la femme qui est en tête; celui du mari y figure également, pour indiquer à la fois qu'il autorise sa femme à ester en justice et qu'il a l'intention et le droit, puisque usufruitier et responsable de la dot, de l'assister dans le procès.

C'est, la plupart du temps, par un acte de procédure que le mari interrompt la prescription d'un tiers contre la dot : « Pour interrompre la prescription par la voie des procédures, dit Chabrol (1), il est nécessaire qu'il y ait une assignation libellée. Une sommation qui ne contiendrait pas d'assignation n'aurait pas l'effet d'interrompre la prescription contre celui qui n'est ni obligé ni condamné ». Et c'est là un acte conservatoire que le mari est obligé de faire, toujours en vertu du principe qu'il doit rendre la dot dans le même état qu'on la lui a donnée, et en vertu de l'axiome de droit naturel : *ubi emolumentum ibi onus esse debet*. On verra plus loin au chapitre de la restitution de la dot, que le mari est responsable de la prescription qu'il a laissé s'accomplir. Il est vrai que, pendant le mariage, les tiers ne peuvent usucaper que les effets mobiliers; le fonds dotal, lui, est à l'abri de l'usucapion : la Coutume a édicté des mesures très sévères pour sa conservation; nous l'avons maintes fois constaté, et il serait assez bizarre qu'un bien que le mari et la femme conjoin-

(1) Chabrol, tom. 2, page 722.

tement ne peuvent ouvertement et honnêtement aliéner, fût à la merci de l'entreprise d'un tiers. Ce serait même encourager les époux à la fraude en leur procurant ainsi un moyen détourné de se dépouiller avec le temps du fonds dotal. C'est ce que Masuer (1) laisse entrevoir, tout en ayant soin de distinguer suivant que la prescription a commencé avant ou pendant le mariage; si elle a commencé avant le mariage, elle court et peut s'accomplir pendant le mariage : le mari est alors responsable de la prescription du fonds dotal absolument comme il l'est de celle des effets mobiliers (2).

A coté de l'interruption de la prescription (et si nous n'avons envisagé que l'interruption civile par acte judiciaire, il faut encore citer l'interruption civile par titre récognitif, par paiements acomptes, en un mot par toute reconnaissance expresse ou tacite du possesseur, et l'interruption naturelle qui a lieu toutes les fois que le possesseur perd la possession de gré ou de force), il importe de mentionner d'autres actes conservatoires que le mari est obligé d'accomplir toujours d'après les mêmes principes : ce sont les réparations.

(1) Masuer, titre 22 de presc. N° 5.

(2) Cette distinction est toute romaine et a passé dans notre Code civil, art. 1561, alinéa 1^{er}.

A cette hypothèse, il convient d'en ajouter une autre envisagée par les commentateurs : celle de la prescription d'une faculté de rachat dotal. Supposons que le père de la femme a vendu une maison à réméré à un tiers ; il a marié sa fille et l'a instituée dans le contrat de mariage son héritière en tous biens. Les époux trouvent dans la succession du père cette faculté de réméré : l'acquéreur peut très bien, si le mari est solvable, en acquérir la prescription contre eux. (Vide Chabrol, tom. 2, page 805).

Il est d'abord tenu des petites réparations d'entretien et pour cela, il n'a, à la dissolution du mariage, aucun recours contre la femme, car ces dépenses sont le corollaire de l'usufruit, et il a lui-même tout intérêt à entretenir le fonds dotal en bon état. Il doit faire effectuer les réparations nécessaires, c'est-à-dire celles sans lesquelles le fonds dotal serait exposé à disparaître, et à la dissolution du mariage, la femme devra lui en rembourser le montant. A ce point de vue, le mari est assimilé au tiers détenteur du fonds dotal et l'article de la Coutume se rapproche encore beaucoup ici des principes romains; sauf en ce qui concerne les dépenses utiles qui, faites avec le consentement de la femme, étaient remboursées à Rome au mari, sous ce motif excellent que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, et qui, dans l'ancien droit Auvergnat, restaient à la charge du mari sous ce prétexte moins heureux que la femme pourrait se trouver embarrassée de rembourser une somme quelquefois considérable, et que ce serait causer la perte d'une dot qu'on a pris tant de soins à protéger pendant le mariage. Il n'y a donc que le seul principe : *impensæ necessariae minuunt ipso jure dotem*, qui soit commun au droit romain, à l'ancien droit et au Code civil (1).

(1) Ulpien L. I, paragraphe 2 et L. 5, pr... D., de imp. in res dot, XXV, 1 — Paul. L. 8, D., imp. res dot, XXV, 1.

Article 143. Cout. Auv. : « Et où ladite femme recouvrerait
« ses biens dotaux aliénez, au moyen que dessus, ne sera te-
« nue à aucunes réparations et impenses, sinon ès néces-
« saires ».

Code civil.

IV

Tels sont les actes que le mari peut se permettre à l'occasion de la dot de sa femme. Dans le langage ordinaire, on dit qu'il est administrateur de la dot. Mais il faut prendre garde à la valeur de ce mot et ne l'admettre qu'avec la distinction bien souvent faite dans ce travail entre la dot mobilière et la dot immobilière. A l'égard de la dot mobilière, le mari est bien plus qu'un administrateur; il est propriétaire, et c'est de son droit de propriété qu'il tire son droit d'administration.

A l'égard de la dot immobilière, il n'est qu'administrateur, au sens juridique du mot; c'est-à-dire qu'il ne peut, en aucune façon, en changer la nature ni aliéner, dans toute l'acception du terme. Chaque fois qu'il outrepassé ses pouvoirs d'administrateur, chaque fois, selon l'excellente expression de M. Planiol (1), qu'il accomplit sur le fonds dotal « des actes qui engagent définitivement l'avenir », il tombe dans les actes de disposition qui lui sont formellement interdits, puisqu'il n'est qu'usufruitier.

Le meilleur exemple à prendre pour marquer la différence entre l'administration et la disposition d'un bien, est le louage. Nous avons vu plus haut que les baux, que le mari administrateur de la dot consent, ne peuvent avoir une durée de plus de six ans pour les propriétés urbaines et de plus de neuf

(1) Planiol, tom. 1, page 389.

ans pour les propriétés rurales : dans ces limites, ils sont opposables à la femme et à ses héritiers ; mais ils n'auraient aucune valeur à leur égard s'ils excédaient cette durée ; un bail emphytéotique, par exemple, serait considéré comme nul et de nul effet, et la femme, à la dissolution du mariage, dépouillerait aussi certainement l'emphytéote qu'elle évincerait tout acquéreur ou détenteur du *fundum dotale*.

V

La dot immobilière constitue donc un domaine intangible pour le mari ; la constitution de dot a ce double résultat de créer l'autorité maritale et de sauvegarder les intérêts de la femme en donnant à cette autorité des limites étroites.

La coutume d'Auvergne est formelle (1) ; elle défend au mari et à la femme d'aliéner, même conjointement, le fonds dotal : les époux ne pourront pas le vendre, ils ne pourront pas l'échanger, ils ne pourront pas l'hypothéquer. Si la famille de la femme, pour la doter, a fait le sacrifice d'un immeuble, elle veut du moins que cet immeuble retrouve entre les mains du mari, tuteur, défenseur naturel de la femme et de ses biens, cette protection qui ne lui a, jusqu'au mariage, jamais fait défaut. Il faut que cette

(1) Article 141, Cout. Auv.

terre, par ses fruits et revenus de toute nature, assure constamment, pendant le mariage, la subsistance des époux et de leurs enfants; et voilà le devoir du mari, administrateur légitime, de la conserver, de l'exploiter et d'en tirer en un mot tout le parti possible. Il faut enfin qu'à la dissolution du mariage, s'il n'y a pas d'enfants, le fonds dotal revienne sain et sauf, *integer*, comme disaient les Latins, à la famille qui l'a temporairement concédé; et s'il y a des enfants, qu'il serve à la fondation d'une nouvelle souche et qu'il assure ainsi la perpétuité de la race et du nom.

Et d'ailleurs, que fait la coutume dans ce fameux article 141, sinon tirer de la loi Julia ses dernières conséquences ? Auguste, en assurant à la femme, veuve ou divorcée, la conservation de sa dot, avait voulu remédier à un état moral inquiétant dès le début de l'Empire : son but avait été, d'une part, d'encourager les mariages légitimes à l'encontre du concubinat, et d'autre part, de permettre à la femme, victime de la répudiation du mari, de se créer une nouvelle existence et de donner à l'Etat une nouvelle famille, en convolant en secondes noces. La coutume d'Auvergne n'avait pas à lutter contre le divorce : l'Eglise, par ses enseignements et ses peines, l'avait rendu extrêmement rare; en assurant la restitution de la dot de la femme, la Coutume poursuivait l'application du principe de la conservation des biens dans les familles. Mais, quoique les temps eussent bien changé, et que le péril à combattre et le but à poursuivre ne fussent plus les mêmes, la coutume a employé les mêmes moyens que le droit romain : elle a posé le même principe : « *Rei-*

« *publicæ interest mulieres dotes salvas habere* » (1). Elle a employé toutes les armes que lui fournissait la législation impériale au service de l'inaliénabilité de la dot immobilière ; elle a surtout développé, dans ce but, la règle, encore incertaine après Justinien, que le mari n'est que l'usufruitier du fonds dotal. Le droit romain, à force de lois, de *senatus consultes*, de constitutions, avait en somme abouti à l'indisponibilité de la dot ; il l'avait mise hors du commerce. Masuer (2), en disant nettement : « ... *vir habet* » « *jus ususfructus et uxor proprietatem* » aboutissait au même résultat beaucoup plus énergiquement, beaucoup plus juridiquement ; l'interdiction d'aliéner devenait ainsi parfaitement raisonnée : le mari ne pouvait désormais disposer de la dot, puisqu'il n'avait sur elle qu'un droit de jouissance temporaire ; la femme, puisqu'elle devait respecter l'usufruit du mari et l'affectation des revenus de la dot aux besoins du ménage.

Mais, en réunissant ces deux droits presque continuellement séparés pendant le mariage, c'est-à-dire le *jus usus fructus* du mari, et la *nuda proprietates* de la femme, dans les cas assez rares où la Coutume ou le contrat le permettait, en un mot en reconstituant intégralement le droit de propriété, il était loisible aux époux d'aliéner le fonds dotal.

(1) Paul, L. 2, D... de jur. dot XXIII 3.

(2) Masuer, titre 13, de dot. et matrim.

CHAPITRE IV

Intervention de la femme

- I. Aliénation de la dot dans les cas prévus par la Coutume.
- II. Aliénation suivie de remploi.
- III. La femme peut-elle s'obliger sur ses biens dotaux en renonçant à son hypothèque légale ?

I

Nous avons eu l'occasion de signaler sur notre route la plupart des cas d'aliénation du fonds dotal. Mais sans y insister longuement, il semble nécessaire de les rassembler tous ici.

La dot, avons-nous dit, est destinée à favoriser l'extension de la famille, à permettre avec le mariage la procréation d'une descendance. De ce principe si cher à nos ancêtres, on déduirait logiquement qu'au fils, à la fille surtout qui vont contracter mariage, et que le père n'a pu doter ou n'a doté qu'insuffisamment, la mère constituera valablement une partie de ses biens dotaux. Cette quote-part, dont la mère pourra ainsi disposer pour l'établissement de sa fille par mariage, est fixée à un quart par l'article 144 de la Coutume. Il est à remarquer que la dot immobilière de la mère sera aussi justement aliénée en faveur des autres enfants. « Pour le mariage de ses filles et autres descendants », dit le texte; ce qui signifie que la mère pourra cons-

tituer la même quotité à son fils qui « entre gendre » ; et encore, que l'aïeule, pour l'établissement des filles de son fils, lorsque celui-ci sera hors d'état de doter, emploiera valablement le quart de sa propre dot.

Voilà donc un cas où la théorie de l'inaliénabilité dotale qui existe dans l'intérêt de la famille, est sacrifiée à l'intérêt de cette même famille ; où l'autorité maritale, fondée sur la constitution de dot et le droit d'usufruit, est purement et simplement annulée par la loi : car ici, l'autorisation maritale n'est pas nécessaire à la femme pour aliéner le fonds dotal ; c'est la Coutume qui y substitue la sienne : il y a, comme nous dirions maintenant, autorisation légale.

Mais cette autorisation ne suffit plus dans le cas où la femme veut aliéner sa dot pour tirer son mari de prison, ou pour procurer des aliments à sa famille. L'article 145 exige deux permissions subsidiaires : « connaissance de cause et décret de juge », c'est-à-dire que la femme doit présenter une requête en justice, dans laquelle elle expose clairement la situation précaire du ménage, l'indigence du mari, l'insuffisance des revenus dotaux. Un conseil de famille convoqué par le juge contrôle les dires de la femme et donne, suivant les cas, un avis favorable ou défavorable. Si la requête est approuvée par le juge, il délivre « le décret » à la femme, faisant ainsi, suivant la terminologie actuelle, un acte de juridiction gracieuse. Chabrol (1) nous apprend

(1) Chabrol, tom. 2, page 252.

qu'en cas d'emprisonnement du mari « l'usage de la « sénéchaussée d'Auvergne est d'autoriser la vente « sur le rapport de l'acte d'emprisonnement et « d'écrou, sans avis de parens et sans conclusion du « ministère public ». Il est vrai qu'à l'époque où écrit ce commentateur, la procédure s'est simplifiée dans bien des cas, et toutes les formalités d'habilitation du mineur, étudiées précédemment, et qui avaient, au xvi^e siècle, toute leur importance, ont disparu au xviii^e siècle. On en est arrivé à la maxime éclectique : que le mineur peut, dans son contrat de mariage, se permettre tous les actes que les majeurs font ordinairement.

Il y a, entre l'article 144 et l'article 145 de la Coutume, une différence qu'il est bon de rappeler. En permettant à la femme d'aliéner un quart de ses biens dotaux pour fournir une dot à sa fille, la Coutume ne s'occupe nullement de savoir si la femme a ou n'a pas de biens adventifs ou paraphernaux. En autorisant, au contraire, cette même femme à disposer de ses biens dotaux pour donner des aliments à sa famille, ou pour tirer son mari de prison, la Coutume met une restriction : « A faute « d'autres biens », dit-elle. Ici donc, les paraphernaux seront exécutés avant la dot; et ce n'est que dans le cas où ceux-ci n'existeront pas en quantité suffisante, que la femme pourra aliéner sa dot. Il est vrai que l'article 145 ne met pas, comme l'article 144, de limitation à la faculté de vendre. Et si l'on peut considérer comme peu importante cette aliénation du quart pour le mariage d'une fille, et par conséquent l'autoriser en tout état de cause, il ne saurait en être de même de l'aliénation faite en

vue de procurer des aliments à la famille ou d'obtenir l'élargissement du mari. Cette aliénation est souvent totale : car, si le montant des dettes pour lesquelles le mari est emprisonné, si la somme nécessaire pour subvenir aux besoins les plus pressants du ménage, sont précisément égaux à la valeur du bien dotal, à quoi servirait à la femme de ne pouvoir vendre ou d'hypothéquer que le quart ? A quoi lui servirait encore de sauver sa dot, si elle-même, son mari et ses enfants étaient exposés à mourir de faim ? C'est pourquoi, l'article 145, donnant une autorisation d'aliéner aussi large, aussi grave, fait des réserves, ordonne implicitement de tirer argent de tout, de vendre les paraphernaux de la femme, avant de toucher à sa dot. D'ailleurs le devoir d'assistance est aussi impérieux pour la femme que pour le mari : il y a pour elle obligation morale et légale de secourir son mari et ses enfants dans le besoin. Donc, les biens restés personnels à la femme en pleine et absolue propriété, c'est-à-dire ses paraphernaux, doivent répondre en première ligne de cette obligation. Au contraire, quand il s'agit simplement de doter une fille, l'obligation de doter ne pèse pas sur la mère, mais bien sur le père. L'article 114 est donc logique, en permettant à la femme, quand le père n'a pas de fortune propre, d'aliéner en premier lieu une quote part de sa dot : de cette façon, elle permet au mari qui perd un quart d'usufruit, de remplir son devoir vis-à-vis de sa fille. Ici les rôles sont renversés et c'est la dot qui est exécutée la première.

Dans les cas d'aliénation dotale que nous avons examinés, on voit la femme, jusque là passive et

muette sous l'administration maritale, entrer en scène, intervenir en un mot, à la fois parce qu'elle est la vraie propriétaire et parce que le mari est empêché d'agir.

II

Elle intervient encore, mais moins énergiquement, lorsque le mari aliène le fonds dotal pour acquérir un autre immeuble de même valeur. L'article 142 permet, en effet, au mari, d'échanger, de vendre le *fundus dotalis*, à condition que la femme soit « dûment récompensée de fonds ou chevances certains ». Néanmoins, cette aliénation n'est point parfaite; elle est plutôt conditionnelle. Désireuse à la fois de concilier les intérêts actuels du ménage, qui peuvent, à plusieurs points de vue, pousser les époux à vendre ou à échanger la dot immobilière, et les intérêts également puissants de la famille au sens large du mot, qui militent en faveur de la conservation des biens, la Coutume décide que la femme aura, à la dissolution du mariage, un délai d'un an et d'un jour pour opter entre le fonds aliéné qu'elle reprendra entre les mains de l'acquéreur par l'action en désistement, et le fonds acquis en remploi. Et encore semble-t-il que si la femme n'était pas intervenue dans l'acte d'aliénation, elle ne serait pas forclosée après ce délai, mais aurait trente ans pour rentrer en possession de sa dot immobilière. Ce désistement que la Coutume donne sans réserves à la femme, et qui nous apparaît comme une espèce

de retrait lignager, affaiblit singulièrement la portée du texte.

Les époux peuvent aliéner sous la condition d'un emploi : voilà le principe. Donc, si le fonds dotal est trop éloigné de l'habitation conjugale et échappe ainsi à toute surveillance rigoureuse, si l'entretien en est trop onéreux, si l'occasion se présente de faire une bonne affaire, c'est-à-dire de vendre cher pour acquérir plus grand et à bon marché, les époux vont se débarrasser d'une dot immobilière gênante et la remployer au plus grand avantage de la femme et de ses descendants. Ainsi, la dot semble entrer dans le commerce; le régime dotal n'a plus ce fonctionnement monotone qu'on lui reproche; il perd de sa rigueur primitive : il se plie aux circonstances. Malheureusement voici la restriction : la femme n'aliène que conditionnellement; son intervention n'a plus la puissance de disposer définitivement, comme dans les hypothèses que nous avons étudiées plus haut. L'incapacité de la femme reprend le dessus, singulièrement aggravée depuis la loi Julia, qui permettait à l'épouse romaine de donner à son mari un consentement valable et durable à l'aliénation du fonds italique. Les époux trouveront-ils beaucoup d'acquéreurs pour la dot immobilière? C'est fort douteux : les tiers seront effrayés à la perspective, pourtant après des formalités minutieuses telles qu'inscription dans l'acte de vente de l'origine de propriété et des motifs qui poussent les époux à vendre, et surveillance du emploi, de n'obtenir sur une propriété si laborieusement acquise qu'un droit instable, précaire pendant des années et des années !

Outre cette autorisation légale d'aliéner (1), posée par l'article 142, il peut y avoir dans le contrat de mariage une clause permettant au mari de vendre l'immeuble dotal dans telles ou telles circonstances, sous telles et telles conditions. Ainsi, l'on reconnaît comme parfaitement valable la clause qui autorise le mari à aliéner la dot immobilière et à en placer le prix sur le plus clair de ses biens. Chose remarquable, ce placement, au dire de Chabrol (2), n'était pas considéré comme un emploi. L'acheteur du bien dotal ne pouvait point être recherché; il ne courait point le risque de payer deux fois et il n'avait pas à s'inquiéter de la valeur du emploi. Cette décision est surprenante : car de cette façon la femme ne gagnait sur son mari aucune sûreté nouvelle et elle perdait même celles qu'elle aurait pu avoir contre l'acquéreur de l'immeuble dotal. La fraude était

(1) Il y a un autre cas où la dot est aliénable partiellement du moins : C'est celui où l'immeuble dotal a besoin de réparations urgentes. Notre Coutume n'en dit rien, mais Masuer (titre XIII, parag. VI) parlant des cas spéciaux dans lesquels il est permis d'aliéner le fonds dotal, renvoie au droit romain qui autorisait parfaitement la vente dans cette hypothèse. D'ailleurs, si le principe est vrai chez nous, que les dépenses nécessaires diminuent de plein droit la dot, il ne faut pas seulement l'appliquer comme nous l'avons fait précédemment, au cas où le mari, administrateur de la dot immobilière, a fait les avances de ces dépenses et en opère la retenue à la dissolution du mariage, mais encore au cas où le mari, ne pouvant prêter une telle somme, et la femme n'ayant pas de paraphernaux, vend une partie de la dot pour conserver le reste.—L'article 1558, al. 5, C. Civ., dit que : « L'immeuble dotal peut encore être aliéné « avec permission de justice et aux enchères après trois affiches.... pour faire de grosses réparations indispensables « pour la conservation de l'immeuble dotal ».

(2) Chabrol, tom. 2, page 197.

ainsi favorisée et le mari, éludant la règle de l'interdiction des donations de femme à mari pendant le mariage, réalisait aux dépens de sa femme un bénéfice parfois important, qui était précisément la différence entre la valeur de l'immeuble aliéné et celle du placement.

Dans le contrat coutumier, on trouvait encore une clause visant le cas où les époux désiraient faire du commerce. On leur permettait d'abord de vendre l'immeuble dotal pour acheter à sa place un fonds de commerce, et plus tard, de céder ce fonds et de remployer en terres à leur choix. La dot changeait ainsi plusieurs fois de nature : elle devenait maniable au gré des époux

Grâce aux autorisations coutumières que nous venons de passer en revue, le régime dotal perdait une bonne partie de sa rigueur ; grâce à ces emplois auxquelles elle intervenait, grâce à ces questions d'intérêts multiples auxquelles la femme prenait part, la séparation pécuniaire entre époux s'atténuait ; le régime se rapprochait de celui de la communauté où la femme s'intéresse aux affaires de son mari parce que ce sont aussi les siennes, où, par ses conseils, elle seconde l'administration du chef de famille. Malheureusement, les cas d'aliénation prévus par la Coutume se présentaient assez rarement ; plus rarement encore on trouvait des pères de famille donnant une certaine liberté d'action à leurs gendres et leur facilitant les opérations dotales ; ils étaient plutôt enclins à renchérir sur la rigueur du régime et à créer dans le contrat des entraves aux aliénations possibles.

III

Il nous faut donc, après avoir signalé de quelle façon se produit l'intervention de la femme dans les cas exceptionnels d'aliénation volontaire, nous placer dans les conditions normales du mariage et étudier la part que la femme prend de plein droit aux actes de dispositions concernant sa dot. Car, après avoir posé le principe que tout acte de disposition est interdit aux époux sur le fonds dotal, il faut pourtant reconnaître qu'il se produit dans le cours du mariage des cas de disposition involontaire, il faut également déterminer l'influence du Velleien sur la constitution dotale, et quoique l'on sache que le mot « aliéner » s'applique aussi bien à l'hypothèque qu'à la vente, se demander si la femme aura le droit de s'obliger sur ses biens dotaux dans certaines circonstances, et de renoncer à son hypothèque légale.

Plaçons-nous dans l'hypothèse où la constitution de dot frappe les biens présents et les biens à venir. La femme qui a bénéficié dans son contrat d'une institution d'héritier de la part de ses parents (1) pourra-t-elle valablement procéder au partage de biens qui sont pour elle dotaux ? De tout temps il a été reconnu que le partage est un acte nécessaire, dont on peut suspendre l'exécution pendant quel-

(1) Ou qui, se trouvant dans un des cas précédemment étudiés, n'est pas forclosé de la succession de ses père et mère.

que temps, s'il s'agit de mineurs, par exemple, mais que l'on ne peut pas ajourner indéfiniment. Aux cohéritiers qui n'avaient pu s'entendre pour partager à l'amiable, le droit romain permettait de parvenir au partage judiciaire par l'*actio familiæ eriscundæ* qui donnait, entre autres pouvoirs, au juge, celui très important de l'*adjudicatio*, c'est-à-dire celui d'attribuer en pleine et absolue propriété à chaque cohéritier les choses mises dans son lot. Le Code civil, dans son article 815, proclame le droit de chacun des indivisaires de provoquer le partage et de contraindre les autres à y procéder; il permet néanmoins aux co-héritiers de suspendre le partage pendant un temps limité. Ceux-ci pourront convenir de rester cinq années dans l'indivision; il leur sera même loisible, après l'expiration de cette première période, de renouveler la convention pour une autre période de même durée; ce qui revient à dire qu'au bout de dix ans, le partage se fait, de nos jours, coûte que coûte.

La Coutume (1) est muette sur l'effet produit par le partage. Faut-il dire qu'au xvi^e siècle, en Auvergne, le partage avait l'effet attributif que lui reconnaissaient les jurisconsultes romains? Ou, au contraire, doit-on lui accorder l'effet déclaratif que l'article 883, C. civ., et avant lui la Coutume de Paris et Pothier lui ont donné? La question n'est pas oiseuse. Si l'on suit la théorie romaine, on arrive à

(1) Pour ce qui concerne la nature et la durée de l'indivision dans notre Coutume, voyez ce qui en est dit à l'appendice : des communautés taisibles.

cette conclusion que, grâce au partage, chaque cohéritier est à la fois l'ayant cause du défunt et l'ayant cause des autres co-partageants. Le partage est donc en partie du moins un acte d'aliénation : car qui dit échange de parts indivises, dit aliénation.

Mais si l'on adopte la théorie coutumière de l'effet déclaratif du partage, si l'on admet que « chaque co-héritier est censé avoir toujours été seul propriétaire des biens mis dans son lot », le fait de la femme dotale qui participe à un partage n'apparaît plus comme un acte d'aliénation : il devient doublement licite, la femme procédant d'une part à une opération nécessaire et ne contrevenant point d'autre part à la règle de l'inaliénabilité. On trouve, il est vrai, chez les commentateurs de la Coutume d'Auvergne, une remarquable décision : les droits « de lots et ventes ne sont pas dus en matière de partage » (1). Mais cette particularité qui permettrait de croire que l'on attribuait alors au partage un effet déclaratif, n'est pas ainsi interprétée par Chabrol. Il insiste sur l'idée que le partage est un acte nécessaire, que la licitation au profit d'un des co-héritiers et le plus souvent de l'aîné de la famille, n'est qu'un moyen excellent d'assurer la conservation des biens dans les familles ; mais il n'en conclut nullement que le lot... de chaque co-héritier est censé lui venir directement et uniquement du *de cujus*.

Ainsi, lorsque la femme participera au partage d'une succession dotale, en réalité ce sera bel et bien par une suite d'aliénations et d'échanges qu'elle par-

(1) Voir notamment Chabrol, tom. 2, page 586.

viendra à l'attribution définitive de son lot. D'ailleurs, c'est par cette idée d'aliénation qu'il faut justifier dans notre ancien droit l'intervention de la femme au partage. Chabrol (1) nous dit bien que dans l'usage ancien de cette province « c'étoient les « maris qui procédoient au partage et que leurs « femmes n'y paraissoient point ». Il est vrai qu'il nous cite comme exemple un cas où il y avait partage de fiefs; et peut-être alors ne devrait-on voir dans cette exclusion de la femme du partage qu'un débris de cette théorie féodale qui fût d'abord que la femme ne pouvait venir à succession de fief, ensuite qu'elle n'y venait que sous le contrôle du suzerain et à condition d'avoir un mari capable d'assurer le service du fief et de remplacer la femme dans tous ses droits et devoirs. Chabrol ajoute, du reste, que cet usage a cessé de bonne heure : « On reconnaît aujourd'hui, « dit-il, que le pouvoir des maris ne les autorise pas « à faire le partage des biens de leurs femmes; c'est « un droit réel, une suite de la propriété qui réside « en la personne de celle à qui cette propriété appartient, et le mari n'a d'autre fonction au partage « que celle d'autoriser sa femme... ». Et cette théorie a triomphé dans notre droit moderne, l'article 818 du Code civil déclarant, en effet, « qu'à l'égard des « objets qui ne tombent pas en communauté, le mari « ne peut en provoquer le partage sans le concours « de sa femme ».

La femme, dans la Coutume, peut donc procéder au partage qui est une véritable aliénation. Mais,

(1) Chabrol, tom. 2, page 208.

pour arriver au partage, il lui a fallu accepter la succession : or, si l'on considère qu'une succession est quelquefois très désavantageuse à recueillir, parce qu'il y a plus de dettes que de biens, comment expliquer que la femme ait le pouvoir d'accepter, dans des conditions pareilles, c'est-à-dire d'aliéner éventuellement sa dot ? Toujours, par cette raison que la renonciation ou l'acceptation d'une succession est un acte nécessaire ; et qu'il est de l'intérêt des cohéritiers, des successibles plus éloignés, enfin des créanciers de la succession de connaître le plus tôt possible le parti qu'a pris la femme. D'ailleurs, celle-ci, si elle est sage, peut n'accepter que sous bénéfice d'inventaire. Mais cette mesure, pour être prudente, est injurieuse pour la mémoire du *de cujus*, père, mère ou proche parent ; et l'on ne peut, dans une Coutume qui permet l'aliénation des biens dotaux pour tirer le mari de prison et le sauver du déshonneur, l'imposer à une femme qui désire légitimement sauvegarder la mémoire des siens.

Si la femme peut faire acte de disposition en acceptant une succession mauvaise, elle peut encore aliéner en renonçant à une succession qui est bonne. Cependant est-ce bien une véritable aliénation qu'opère la femme en refusant de venir à succession ? Les jurisconsultes romains ont affirmé que négliger de s'enrichir n'est pas aliéner : « La loi 28 F. F. de verb. « signif. décide que la renonciation à une succession « n'est pas une aliénation : *Qui occasione adqui-* « *rendi*, dit cette loi, *non utitur, non intelligitur* « *alienare, veluti qui hæreditatem omittit, aut op-* « *tionem intra certum tempus datam non amplex-*

« *titur* » (1). Cette idée n'a pas été admise en Auvergne au xvi^e siècle, et, ce qui est vrai de la renonciation à la succession *ab intestat*, l'est aussi dans la Coutume de la renonciation au bénéfice de l'institution contractuelle. Ceci peut sembler étrange tout d'abord, mais à y regarder de plus près, si l'on analyse les éléments de l'institution contractuelle, on constate qu'elle est une véritable donation de succession; elle est irrévocable en ce sens que l'instituant ne peut plus faire désormais de nouvelles dispositions à cause de mort; elle est indéterminée, parce que le disposant garde la faculté de faire des donations entre vifs (2). En un mot, il est libre pendant toute sa vie de disposer à son gré de son patrimoine dans tous les actes de l'existence juridique courante; il l'augmente par d'heureuses spéculations, de sérieuses économies, si l'héritier qu'il s'est originairement choisi, continue à lui plaire; il l'amointrit, sans fraude apparente, par des ventes et des donations entre vifs si l'institué n'a plus ses faveurs. Mais, dans aucun cas, il ne peut revenir sur son premier choix; un testament se déchire, une institution contractuelle ne se détruit pas. L'institué est donc im-

(1) Chabrol, tom. 2, page 212.

(2) Sauf des donations universelles ou a titre universelle. Et encore cela n'est plus vrai si l'instituant s'est réservé le droit de disposer entre vifs à sa fantaisie. L'article 162 semble d'ailleurs laisser une assez grande liberté à l'instituant : « Et comme bien que par ladite coutume de donner et retenir ne valent rien, néanmoins en deux contracts ; c'est assavoir, de mariage et d'association universelle, telles donations et dispositions sont bonnes et valables au profit des contractans lesdicts mariages ou associations... et saisissent comme dessus ».

médiatement enrichi : dans son patrimoine est entré le titre d'héritier ; il a un droit indéterminé, éventuel, il est vrai ; il ne peut le protéger d'aucune façon pendant la vie de l'instituant, soit en prenant des mesures conservatoires, soit en s'opposant aux aliénations consenties par l'instituant ; mais sa fortune s'est augmentée, qu'on nous permette l'expression, d'un billet de loterie qui aura un jour une grande valeur, et dans laquelle il a une chance sur deux de gagner. Donc, en répudiant l'institution contractuelle, du vivant de l'instituant, l'institué fait déjà une aliénation ; il aliène, à plus forte raison, en renonçant à l'institution, quand celle-ci a produit tout son effet, c'est-à-dire après la mort de l'instituant. Mais il ne faut pas oublier que l'acceptation ou la répudiation d'une hérédité est un acte essentiellement personnel ; il faut également se rappeler la règle traditionnelle de l'ancien droit français : « N'est héritier qui ne veut ». La femme qui, en qualité d'épouse, ne pourrait pas strictement renoncer à un bien qui lui échoit comme dotal et dont elle n'est que nue propriétaire, a cependant le droit de le répudier, en qualité d'héritière. Pour agir ainsi, elle peut avoir des raisons de famille impérieuses, et le mari a dû s'attendre à pareille décision. Il est vrai que la femme, lorsqu'elle a des craintes sur la composition de la succession, agira plus sagement en acceptant, sous bénéfice d'inventaire, qu'en renonçant purement et simplement.

Ce bénéfice, créé par Justinien (1), et accepté par

(1) Code, liv. VI, titre 30, loi 22.

toute la France coutumière, a été accueilli, en Auvergne, pays tout dévoué aux idées romaines, avec plus de faveur qui partout ailleurs. Anciennement, toutefois, il y était relégué à un rang secondaire, et Masuer (1) préférait à l'héritier bénéficiaire, même direct, le parent éloigné qui se portait héritier purement et simplement. C'est ce qu'un historien du droit a très bien fait ressortir : « Cette préférence
« est déjà indiquée au xv^e siècle, dans Masuer, et on
« la justifiait *favore defuncti, creditorum et legato-*
« *rium; favore defuncti*, dont la mémoire sera plus
« réputée ; *favore creditorum* qui seront intégrale-
« ment payés ; *favore legatorum* qui auront leur
« dû, pourront réclamer leur legs. Et cette préf-
« rence s'appliquait entre héritiers de tous ordres
« et de tous degrés, même en ligne directe » (2).

On peut d'ailleurs se demander qu'elle était bien l'utilité du bénéfice d'inventaire pour la femme mariée qui n'avait pas de biens paraphernaux ? Les créanciers de la succession avaient le droit de se faire payer sur l'actif de cette succession bien qu'elle fût dotale ; mais leur droit n'allait pas plus loin et ils ne pouvaient pas toucher à la dot propre de la femme, bien que celle-ci eût accepté purement et simplement la succession et qu'elle continuât ainsi la personne du défunt. Il y avait donc, dans cette hypothèse, séparation de patrimoine ; et le bénéfice d'inventaire n'avait d'utilité que dans le cas où la femme avait

(1) Masuer, titre 33 des success. N° 17.

(2) Lefebvre, des successions, cours 1904-1905.

des paraphernaux pour répondre de ses propres dettes et de celles du *de cuius*.

Tels sont les principaux exemples de ces actes de disposition involontaire, comme nous les avons appelés, que la femme pouvait accomplir, dans le cours du mariage. Il était bon de les signaler et de montrer qu'en dehors des hypothèses où le fond dotal peut être aliéné, soit par suite d'une autorisation conventionnelle, inscrite au contrat de mariage, soit par suite d'une autorisation légale donnée par la Coutume, il en est d'autres où il l'est fatalement, à la fois parce que l'intérêt général exige qu'un héritier prenne parti dans une succession ouverte et parce que la règle, que nul n'est tenu de rester dans l'indivision, domine même la matière du régime dotal. Ces dernières hypothèses sont d'ailleurs plus intéressantes que les premières, car les choses s'y passent plus régulièrement : On y voit, en effet, la femme non plus seulement intervenir, c'est-à-dire se joindre au mari pour l'habileté dans l'accomplissement d'un acte de disposition, ou s'entourer de certaines autorisations, mais encore agir elle-même, agir seule en principe, s'il est vrai qu'assez tard seulement et pendant une courte période le mari a pu procéder, au lieu et place de sa femme, au partage d'une succession dotale.

Ainsi, la capacité de la femme que l'autorité maritale, le Velleien, le principe de la conservation des biens dans les familles et de la forclusion des filles, les exigences féodales enfin, semblaient avoir définitivement anéanti et ôté ces réveils brusques pendant le mariage. Il y a des moments où l'on a besoin de la femme; il faut bien alors laisser sa personnalité

juridique s'affirmer, à côté de celle du mari et sur le même terrain : celui de la dot. D'ailleurs, les manifestations de la capacité de la femme, pour n'être que plus rares, ne sont que plus éclatantes : le mari administre, entretient la dot immobilière, dispose de la dot mobilière à sa fantaisie ; mais que sont de tels pouvoirs à côté de ceux de la femme ? Si le mari est le régulateur souverain de l'existence journalière et normale de la dot, la femme intervient dans toutes les révolutions du ménage. S'agit-il d'un remploi, de l'établissement d'un enfant commun, de la libération du mari, celui-ci, seul, est impuissant ; simple usufruitier, il ne peut rien, dans un acte de disposition : la femme vient à son secours avec son titre de nue-propriétaire. S'agit-il d'une succession dans laquelle il faut prendre parti, d'une transaction à conclure, d'un partage à effectuer, l'autorité maritale s'efface, la capacité de la femme renaît tout entière.

A côté de ses actes de dispositions immédiate que la femme fait sur sa dot, il importe d'en signaler d'autres dont les effets sans doute ne se réaliseront que dans un avenir incertain, mais qui témoignent encore de la capacité de la femme dont il faut maintenant signaler toute la puissance avant d'en indiquer bientôt toute la déchéance par le Velleien. La femme peut tester, la femme peut faire une institution contractuelle ; elle dispose ainsi librement de sa dot, à cause de mort ; elle se choisit un héritier, et c'est presque toujours l'enfant commun né du présent mariage ; de la sorte, elle règle la transmission de l'immeuble dotal au mieux des intérêts de la famille.

Ce droit de la femme de faire un testament, qui ne

pouvait faire aucun doute pour les biens paraphernaux dont elle avait toujours eu la libre disposition depuis son mariage, paraissait également tout naturel au regard des biens dotaux. Le testament ne transférait alors, pas plus qu'il ne transfère aujourd'hui, le droit de propriété immédiat. C'était un titre de propriété future et conditionnelle : rien de plus. De même que l'institution contractuelle qui était à cette époque beaucoup plus employée, et qui avait des effets beaucoup plus graves, le testament n'enlevait rien au droit d'usufruit du mari, n'ôtait rien à la nue propriété de la femme. Ne lésant donc aucun intérêt actuel, ne disposant que pour l'avenir et pour un temps où le mariage étant dissous, les biens de la femme n'auraient plus leur caractère de dotalité, le testament devait donc être permis à la femme mariée, du moment qu'il l'était à tout mâle âgé de quatorze ans, à toute fille âgée de douze ans.

La femme mariée ne pouvait tester que sur la quarte partie de ses biens dotaux ; sur ses paraphernaux, d'ailleurs elle n'avait pas plus de pouvoirs puisque l'usage constant en Auvergne au xvi^e siècle était de ne tester que sur le quart du patrimoine. En contradiction formelle avec la Coutume de Paris qui permettait de disposer par testament de l'universalité des meubles et acquêts et du quint des propres, l'article 121 de notre Coutume réduisait la quotité disponible au quart et encore, déclarait-il, ce quart « chargé de tous légats et de la quarte partie des dettes et de la quarte partie des funérailles. » De la quarte partie des funérailles, « là et quand, » disait l'article 95, le mary ne voudra accepter la « gagne coutumière, moyennant laquelle est chargé

« faire à ses dépens les funérailles ». La Coutume enfin n'accordait pas à l'institué testamentaire le titre d'héritier : « institution d'héritier testamentaire n'a point de lieu et est réputé icelui institué « légataire » (1). Elle refusait spécialement à la femme le droit de faire, en faveur de son mari ou de personnes interposées, une disposition quelconque à cause de mort, dans le cours du mariage. Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de cette dernière rigueur. Pour ce qui est de la première, nous savons nettement qu'elle nous vient du droit germanique et de l'autre le contraste qu'offre, avec la partie coutumière, la région de droit écrit d'Auvergne qui permet à la femme de tout donner par testament à son mari, ne laissent aucun doute sur l'origine de cette règle. L'importance extraordinaire donnée à la terre dans notre ancien droit, le principe de la conservation des biens dans les familles, expliquent suffisamment la survivance, le développement même de cette théorie : qu'il n'appartient pas à la volonté d'un seul de détruire d'un trait de plume une organisation établie dans l'intérêt de toute une famille, et de disposer d'un patrimoine sur lequel les lignagers ont, du vivant du disposant, non plus certainement un droit de co-propriété, mais au moins un droit de surveillance rigoureuse. Voilà pourquoi le testament a été sacrifié dans notre ancien droit à l'institution contractuelle. Il faut répéter à ce sujet l'excellente expression d'un auteur : « Les contrats « de mariage tenaient jadis, suivant la remarque

(1) Article 120 (Cout. d'Auv.).

« de Pasquier, comme œuvre collective de la famille, le rôle du testament à Rome comme œuvre personnelle du *pater familias* » (1).

La femme mariée, qui pouvait, disposer par testament de la quarte partie de sa dot, devait donc avoir, en partant de cette idée de la collaboration de la famille à l'acte, le droit de faire, sur cette même dot, une institution contractuelle. Nous en avons cité des exemples au chapitre du Contrat de mariage où nous avons vu une mère et une grand'mère instituer leur fille et petite-fille leur héritière universelle en tous biens dont elles mourraient saisies et vêtues. Mais il faut bien reconnaître que ce droit n'a été que très tard reconnu à la femme par la jurisprudence.

En nous occupant des renonciations des femmes mariées à succession, nous avons décidé que, d'après l'idée que nous formions de l'institution contractuelle, les femmes font une aliénation, en renonçant au bénéfice de cette institution; nous avons expliqué cette dérogation au principe d'inaliénabilité de la dot par l'idée qu'il est d'un intérêt public évident qu'un héritier prenne partie dans une succession ouverte, et que les considérations privées exigent que cet héritier ait toute liberté dans son choix. Mais ici, puisqu'il faut continuer à admettre que l'institution contractuelle est une aliénation de la part de l'instituant, et que les commentateurs sont unanimement d'avis qu'elle tient à la fois du testa-

(1) Lefevre, des successions. Cours 1904-1905.

ment et de la donation entre vifs, pour quels motifs reconnaitrons-nous à la femme du xvi^e siècle le droit d'en faire une ?

Ce sera pour la raison très juridique d'abord que si l'instituant est désormais dépouillé de la faculté de disposer *mortis causa*, si à ce point de vue, et même au cas de fraude dans les aliénations entre vifs, il a perdu effectivement dans l'intérêt de l'institué la libre disposition de ses biens, il garde malgré tout sur eux son droit de propriété, et sa mort seule saisira l'institué du montant de l'institution (1); or, à cette époque, le mariage sera dissous : l'institué recueillera alors non plus des biens dotaux, mais des propres de la femme.

Ce sera ensuite pour la raison économique et sociale, qu'il faut à tout prix encourager et faciliter le mariage. La mère qui n'a pas de paraphernaux pour doter sa fille ou qui ne peut aliéner en sa faveur le quart de sa propre dot, par exemple parce que il n'y a qu'un seul immeuble dotal et que la licitation en serait désastreuse, institue sa fille son héritière unique et universelle. Grâce à cette simple mesure de droit commun, les intérêts du ménage actuel sont sauvegardés, ceux du ménage futur parfaitement assurés. Conclusion : la femme fait aussi légitimement une institution contractuelle qu'un testament ; elle dispose de sa dot pour l'avenir.

■

(1) Ajoutons en faveur de l'institution contractuelle qu'elle vient ainsi fortifier la règle de l'inaliénabilité dotal.

Telles sont les différentes modalités qui viennent altérer le principe de l'inaliénabilité dotale. De ce principe nous avons entièrement tiré les conséquences au point de vue de la vente, de l'échange, de la donation; il faut maintenant en indiquer tous les résultats au point de vue de l'hypothèque, c'est-à-dire de l'engagement de la dot fait par le mari ou par la femme au profit d'un tiers.

Aliéner signifie non seulement vendre, mais encore hypothéquer; et l'ancien droit, suivant en ceci les théories très raisonnables du droit romain, considérait même l'hypothèque comme une aliénation d'un caractère excessivement grave. Il importe donc de savoir non seulement si dans certains cas où les époux ne pourront vendre l'immeuble dotal, ils pourront l'hypothéquer, mais encore et surtout si, dans les cas où la loi ou la convention leur permet de vendre, ils auront aussi bien le droit d'hypothéquer.

La Coutume, en accordant aux époux l'autorisation d'aliéner, soit purement et simplement, soit en remplissant certaines formalités destinées à donner de grandes garanties à la sincérité de l'opération, a dû, par là même, leur permettre d'hypothéquer. La loi Julia, sans doute, qui autorisait le mari à vendre l'immeuble dotal avec le consentement de sa femme, lui défendait en revanche de l'hypothéquer, même avec ce consentement. Mais, pour démontrer que dans les cas les plus urgents (dotation d'une fille, aliments de la famille, libération du mari), la Coutume a abandonné les principes romains et a permis indistinctement la vente et l'hypothèque du *fundus dotalis*, les commenta-

teurs (1) s'appuient sur les articles 236 et 237. L'article 236 décide que la femme ne peut, durant le mariage, s'obliger pour son mari ou pour « ceux « à qui son dict mary puisse succéder, ne aussi « renoncer aux obligations ou hypothèques à elle « appartenans ». Mais l'article 237 fait clairement une réserve pour les cas d'autorisation légale d'aliéner, bien connus par nous... « Si n'est es cas ci-dessus spécifiez, au titre dot et mariages... ». Sur quoi Chabrol conclut : « Ainsi, la femme mariée « peut obliger sa dot pour en constituer une à ses « filles et autres descendans, pour ses alimens et « ceux de son mari, ou pour le rédimer de la prison, « avec les formalités qui ont été expliquées... ou, « enfin, pour une aliénation qu'elle fait avec récom-pense... » (2).

Dans les cas d'autorisation conventionnelle d'aliéner, il faut également donner aux époux le droit d'hypothéquer, et cela pour deux motifs principaux. Le premier c'est que si l'hypothèque est une chose plus dangereuse que la vente « *quia facilius con-sensara esset (mulier) hypothecæ quàm aliena-tioni* », comme disaient les Romains, la vente est un acte irréparable, au moins pendant toute la durée du mariage (3). Il vaut mieux courir le risque de perdre la dot ou peut-être seulement une partie

(1) Notamment Chabrol, tom. 2, page 254-255.

(2) Chabrol, tom. 3, page 6.

(3) Il ne faut pas perdre de vue les effets de l'action en désistement, qui, intentée dans l'an et jour de la dissolution du lien conjugal, donne à la femme le droit de recouvrer son immeuble dotal aliéné.

de la dot, en l'engageant, plutôt que de l'aliéner immédiatement par une vente. Le deuxième motif c'est qu'en donnant aux époux la permission d'aliéner, les père et mère de la femme ont voulu adoucir la rigueur du régime, faire rentrer, le cas échéant, la dot dans le commerce. Si le mari, d'après le contrat de mariage, peut vendre le fonds dotal pour réaliser telles et telles opérations fructueuses, s'il peut encore placer le prix de la vente sur le plus clair de ses biens, pourquoi voudrait-on, dans ces hypothèses, lui interdire la simple hypothèque ? Les époux trouvent une maison avantageuse à acheter pour agrandir leur commerce ou leur industrie ; la propriété voisine du fonds dotal est en vente à un prix raisonnable : plutôt que de remplacer la dot immobilière, le mari va l'hypothéquer, se procurer ainsi de l'argent et acheter sans remployer. La femme trouvera son compte à cette opération : le domaine dotal se sera agrandi et elle aura conservé ses sûretés sur l'immeuble hypothéqué. Nous verrons bientôt d'ailleurs si elle a pu, au profit du bailleur de fonds, renoncer à son hypothèque légale. La conclusion immédiate de tout ceci est que, dans les cas d'autorisation légale et conventionnelle d'aliéner, l'hypothèque du fonds dotal est certainement permise.

Ces cas d'aliénation sont, nous le savons, des exceptions, et l'inaliénabilité de la dot est la règle. En solidarisant la vente et l'hypothèque dans les exceptions, en les comprenant l'une et l'autre dans le terme générique d'aliéner, on est obligé, semble-t-il, de les unir dans la règle, et de dire : puisqu'en principe la vente est interdite, l'hypothèque l'est

aussi. Les raisons multiples qui militent en faveur de la conservation de la dot et du maintien des biens dans la famille, s'opposent par là même à tout acte de nature à compromettre l'existence de cette dot : à son égard, les moindres imprudences sont interdites. Aurait-on le moindre doute à ce sujet, il suffirait de relire l'article 141 de la Coutume qui pose si nettement les fondements du régime dotal auvergnat : « Les mary et femme conjointement ou séparément, constant le mariage ou fiançailles, ne peuvent vendre, aliéner, permuter, ne autrement disposer des biens dotaux de ladicte femme... ». Ces mots « ne autrement disposer », visent assurément l'hypothèque. Où le mari d'abord prendrait-il le droit d'hypothéquer la dot immobilière ? Il en est administrateur, usufruitier ; il n'en est pas propriétaire : n'étant point en mesure d'aliéner lui-même, comment transmettrait-il aux créanciers hypothécaires ce pouvoir qu'il n'a pas : « *Nemo dat quod non habet* ». L'hypothèque ainsi constituée serait, suivant les termes énergiques de la Coutume « nulle et de nul effect et valeur ».

À l'égard de la dot mobilière, sur laquelle le mari a, durant le mariage, les pouvoirs les plus étendus, la constitution d'hypothèque n'est pas admise, mais pour une raison différente : « Avant le xvi^e siècle la revendication mobilière n'existait pas, possession et propriété étaient confondues. On tenait pour maxime : « Meuble n'a point de suite mesmement quand il est tenu à juste titre et de bonne foi... » Par suite, l'*obligatio bonorum*, même conçue dans les termes les plus généraux, ne permettait pas aux créanciers d'exercer le droit de suite sur les meubles

de leur débiteur : sur cette sorte de biens, leur hypothèque était incomplète et ne leur conférait qu'un droit de préférence... Quand la revendication mobilière fut admise aux xv^e et xvi^e siècles, on ne modifia pas, pour cela, les règles de l'hypothèque ; le propriétaire avait recouvré le droit de suivre son meuble, le créancier hypothécaire n'obtint pas le droit de suite. La maxime eut alors besoin d'être corrigée et on lui ajouta deux mots : « Meubles n'ont pas de « suite par hypothèque » de façon à réserver la revendication du propriétaire » (1). L'évolution de cette théorie a été définitivement fixée par la Coutume qui s'exprime ainsi : « Meuble n'a point de « suite quant au droit d'hypothèque par la coutume du pays » (2).

Si la constitution d'hypothèque sur le fonds dotal est interdite au mari, elle l'est également à la femme. D'abord, la femme ne saurait accorder à son créancier une hypothèque pleine et absolue sur sa dot immobilière, puisque le mari en possède l'usufruit ; tout au plus si les époux par contrat de mariage s'étaient réservés le droit d'aliéner et d'hypothéquer la dot immobilière, peut-être la femme pourrait-elle consentir sur cette dernière une hypothèque sur la nue-propriété. Mais elle n'aurait pas

(1) Planiol, traité élém. droit civil, tome 2, page 797.

(2) Article 418, Cout. Auv. — Chabrol (tome 3, page 377) qui, dans le commentaire de cet article, semble confondre les droits du propriétaire et ceux du créancier hypothécaire, nous avertit que cette règle est observée en partie de droit écrit. « Quoique, dit-il, la disposition du droit romain soit contraire, « néanmoins la règle dont il s'agit a lieu parmi nous, tant en « droit écrit qu'en coutume ».

le droit d'en accorder une sur la propriété intégrale de la dot, dans l'hypothèse où le mari lui aurait donné l'autorisation d'engager son usufruit. Car, ici, la femme se heurterait à l'interdiction si rigoureuse dans notre coutume des avantages d'épouse à mari pendant le mariage : l'hypothèque serait, à juste titre d'ailleurs, présumée avoir tourné au profit du mari, et l'ancien droit auvergnat, alliant ici les rigueurs romaines de la prohibition des donations entre conjoints à l'incapacité velleienne, défend à maintes reprises et en termes particulièrement énergiques, à la femme, l'accomplissement de tout acte de nature à tourner à l'avantage « de « son mary et des enfans de sondict mary d'aulture « mariage, ou aulture à qui le mary puisse ou doyve « succéder » (1). Ainsi, l'action de la femme paralysée à l'égard de son mari l'est encore vis-à-vis d'un étranger et cela grâce au Velleien

On peut résumer en trois mots les résultats de l'intercession de la femme au profit d'autrui : la femme renonce purement et simplement à son hypothèque générale et privilégiée sur les biens de son mari; le créancier du mari trouve donc le champ libre; il fait en toute sécurité l'avance de capitaux, puisqu'il est assuré d'avoir la première place.

La femme cède son rang hypothécaire au créancier et sans renoncer à son hypothèque consent à une cession d'antériorité en faveur du créancier.

(1) Citons à ce sujet les art. 95, 147, 183, 236. — Cette disposition de la Coutume se rattache plus particulièrement à la Nouvelle 134 de Justinien.

La femme enfin subroge le créancier dans sa propre hypothèque sans pour cela lui céder ses droits dans sa propre créance contre le mari.

Telle est du moins la manière dont les choses se passent de nos jours. Grâce au Velleien, il n'en était pas ainsi autrefois. Le but qu'avaient poursuivi les auteurs du Velleien était double : d'abord, il s'agissait de diminuer la capacité civile de la femme en lui refusant l'exercice des *officia virilia* dans lesquels on comprenait l'*intercessio*; ensuite il fallait renchérir sur les mesures édictées par Auguste, et assurer la conservation de la dot, en interdisant à la femme tout acte de nature à en compromettre l'existence dans le présent ou dans l'avenir. Le Velleien fut, nous le savons, accueilli avec une grande faveur dans nos pays de droit écrit et même dans plusieurs provinces de la France coutumière, où il ne contribua pas peu à assurer l'organisation de la société féodale. En Auvergne, comme partout ailleurs, il fortifia le principe de la conservation des biens dans les familles, et les rédacteurs, en reproduisant la règle romaine de l'inaliénabilité dotale, eurent certainement l'intention de l'implanter chez nous intégralement, c'est-à-dire entourée de toutes les garanties proches ou lointaines qu'on découvrit dans l'arsenal juridique romain. Pour éviter toute équivoque, ils ne se contentèrent pas, dans l'article 141, d'édicter une prohibition générale d'aliéner; ils essayèrent de développer tout le sens de ce mot « les mari et femme conjointement ou séparément, constant le mariage ou fiançailles, ne peuvent vendre, aliéner, permuter, ne autrement disposer de biens dotaux... » Ils précisèrent

encore dans l'article 236 leur intention d'appliquer intégralement à la dot immobilière la théorie romaine du Velleien, non seulement dans les rapports de femme à mari qui sont, il est vrai, les plus fréquents, mais encore dans ceux de femme mariée à étranger : «... Ne aussi renoncer aux obligations et hypothèques à elle appartenans », dit cet article en termes absolument généraux, en étendant ainsi aux tiers la prohibition qui semblait d'abord ne frapper que l'intercession, au profit du mari, et en paraissant infliger à la femme la même incapacité quant à sa dot et quant à ses paraphernaux.

Notre Coutume, partie de la règle de l'inaliénabilité de la dot et de la prohibition des avantages de femme à mari, avait subi une évolution assez semblable à celle de la législation impériale depuis Auguste jusqu'à Claude : « Le *senatus-consulte* « Velleien.... n'avait fait que généraliser un édit « d'Auguste, en étendant à toutes les intercessions « des femmes la même nullité qui ne frappait, sous « Auguste, que l'intercession de l'épouse au profit « du mari » (1). Elle semblait de plus, parce que ne faisant pas de distinction, avoir implicitement étendu le Velleien aux paraphernaux et interdit à la femme toute intercession sur ceux-ci. Il est vrai que cette interdiction, si réelle fût-elle, avait été lettre morte bien avant la Coutume, puisqu'à l'époque où vivait Masuer, la renonciation au Velleien

(1) Gide, op. cit., page 193.

était déjà entrée dans les mœurs et que, grâce à elle, la femme s'obligeait le plus facilement du monde au profit d'un étranger sur ses biens adventifs et paraphernaux. D'ailleurs, à y regarder de plus près, cette prohibition n'existait pas dans la Coutume puisqu'elle déclarait nettement que la femme était dame et maîtresse des paraphernaux; puisque, depuis longtemps d'ailleurs, on reconnaissait à la femme marchande publique le droit de s'obliger sur eux et de s'en faire ainsi un puissant instrument de crédit, puisqu'enfin l'art. 147 déclarait que « la femme, constant son mariage, peut dis-
« poser, à son plaisir et volonté, sans le consente-
« ment de son mary, par quelque contrat que ce
« soit, de ses biens paraphernaux et adventifs... »

Mais la défense pour la femme d'intercéder sur sa dot au profit d'un étranger subsistait toute entière, en théorie du moins : car on ne faisait aucune distinction entre les conséquences de la loi Julia et celles du Velleien ; on unissait par des liens étroits le principe de l'inaliénabilité dotale et celui de l'incapacité velleienne; on ne comprenait point l'un sans l'autre. Voilà pourquoi, lors de l'abolition officielle du Velleien par Henri IV, l'Auvergne ne voulut point se soumettre au nouvel état de choses et accepter le divorce fatal de la loi Julia et du *senatus-consulte*. D'autant que, dans la pratique, on se débarrassait aisément du Velleien toutes les fois qu'il devenait trop gênant, à l'aide, tout d'abord de renonciations jurées, et plus tard de simples clauses de renonciations insérées dans les actes notariés.

Cette idée de la renonciation au bénéfice n'était

pas nouvelle: elle était empruntée à la législation de Justinien qui maintenait l'obligation de la femme au profit d'un tiers, pourvu qu'elle eut une juste cause ou pourvu encore que la femme la confirmât dans les deux ans, à condition enfin que l'engagement contracté par la femme fut constaté dans un acte public. En revanche l'intercession de la femme au profit de son mari était nulle dans tous les cas.

L'Auvergne, dès qu'elle a connu ces principes de la législation du Bas-Empire, s'en est emparé et les a développés à sa manière. Longtemps elle avait autorisé les donations entre époux pendant le mariage, probablement à l'époque où le droit germanique exerça chez elle sa plus vigoureuse influence, c'est-à-dire à une date antérieure à la renaissance romaine du XII^e siècle. Un passage de Chabrol (1) nous confirmerait dans cette opinion : « Quelque
« clairs que soient les articles de la Coutume sur
« la prohibition faite à la femme de donner à son
« mari, néanmoins un ancien arrêt avait ordonné
« une enquête par turbes, pour savoir si l'usage de
« la province autorisoit les donations mutuelles
« entre mari et femme. M. Decombe, qui rapporte
« cet arrêt, ne dit pas quelle en fut l'issue, mais il
« observe que l'affirmative est plus équitable, et
« que le petit nombre est contraire : il n'en est pas
« de même aujourd'hui : l'usage certain est que la
« femme ne peut donner à son mari, ni par dona-
« tion mutuelle, ni autrement ». Quand le droit
romain reparut dans cette province avec toute sa

(1) Chabrol, tome 2, page 268.

puissance et tout son éclat, quand les travaux législatifs de Justinien y furent, pour la première fois, connus et commentés, l'Auvergne qui n'avait jamais cessé d'appliquer le principe de l'inaliénabilité dotale tel que le réglait la célèbre loi Julia, comprit très vite qu'il fallait abandonner tout ce qui, dans le Velleien, n'était plus en harmonie avec le temps et les mœurs. Elle ne conserva du *senatus-consulte* que les traits essentiels qui pouvaient définitivement et fortement achever le dessin du régime dotal. Ce fut entièrement à la conception juridique du Velleien qu'avait eue Justinien, que la Coutume emprunta sa propre manière de voir.

Le divorce n'existait pour ainsi dire pas au Moyen-âge; l'Eglise, on le sait, avait fortement travaillé à sa proscription. Le motif de l'inaliénabilité dotale avait changé : on ne protégeait plus la dot pour permettre à la femme de se remarier; on la protégeait dans l'intérêt général de la famille. Or, autoriser l'intercession de la femme au profit des tiers, sous la condition de certaines formalités et garanties, comme l'avait fait Justinien, souffrir cette même intercession sous la condition d'une renonciation jurée, comme l'avait fait l'ancienne Coutume auvergnate, n'étaient pas des actes de nature à compromettre sérieusement l'existence de la dot. Cette intercession, en effet, devait se produire assez rarement, on pouvait toujours, d'ailleurs, si on le voulait bien, ramener l'intercession de la femme pour un tiers à une renonciation déguisée au profit du mari, souligner en un mot, dans toute opération de cette nature, la part d'avantage indirect fait au mari.

C'était donc, du Velleien, la seule prohibition d'intercession au profit du mari qu'il fallait retenir; c'était sur cette prohibition que Justinien avait le plus insisté dans ses réformes; c'était enfin dans la défense pour la femme d'avantager son mari sous quelque forme que ce fût que notre Coutume devait trouver le plus ferme soutien de la doctrine d'inaliénabilité dotale. « Assurer la conservation de la
« dot dans l'intérêt général de la famille, tel est le
« but de Justinien; tel est l'objet constant de ses
« réformes. Il prend soin de garantir la dot, non
« seulement contre les dissipations de la femme
« elle-même. La femme ne pourra plus consentir à
« la vente de ses biens dotaux. Pourra-t-elle, du
« moins, prêter les mains à leur aliénation indi-
« recte, et perdre son privilège dotal en s'obligeant
« elle-même envers les créanciers de son mari, en le
« cautionnant ? Pas davantage et c'est pour l'en em-
« pêcher que Justinien déclare radicalement nulle
« toute intercession de la femme au profit de son
« mari. Telle est la nouvelle incapacité velleienne
« qui, comme on le voit, n'a plus guère de commun
« avec l'ancienne que le nom. Ce n'est plus même
« une incapacité proprement dite, une infériorité
« juridique de la femme; c'est le complément d'un
« ensemble de précautions législatives qui, pour
« sauvegarder une partie du patrimoine domesti-
« tique, frappent également les dispositions des
« deux époux. L'ancien *senatus-consulte* Velleien,
« produit par des nécessités sociales, avait dû dis-
« paraître avec cette société païenne dont les
« besoins l'avaient créé. Au contraire, la nouvelle
« loi velleienne, protectrice des intérêts de la

« famille reconstituée sur le principe chrétien.
« devait se répandre jusqu'aux extrémités de l'Europe et se perpétuer jusqu'à nos jours » (1):

Voilà pourquoi le droit germanique, qui nous a inspiré plusieurs réformes heureuses, n'a jamais pu faire triompher complètement sa théorie des avantages entre époux pendant le mariage : seul, au xvi^e siècle, le mari a pu, chez nous, faire des donations à sa femme, *durante matrimonio* (2).

Mais pour quelles raisons la femme, dame et maîtresse de ses paraphernaux, n'a-t-elle pas le droit d'en disposer en faveur de son mari ? Ici les motifs ne sont évidemment pas les mêmes que pour la dot. Comme nous allons bientôt le constater, ce n'est plus la question d'indisponibilité des biens dans l'intérêt de la famille qui est seule en jeu, mais bien encore une véritable incapacité inhérente à la qualité de femme mariée. Cette incapacité est un utile contrepoids à l'influence maritale.

(1) Gide, op. cit., page 194.

(2) Le mari peut donner tous ses biens à sa femme, sauf la légitime des enfants communs. Et même, depuis l'Edit de 1560 ou Edit des Secondes Noces, si le mari a des enfants d'un précédent mariage, il ne peut donner à sa seconde femme une portion équivalente à celle de l'enfant du premier lit, le moins avantage.

CHAPITRE V

Administration et pouvoirs de la femme sur ses biens adventifs et paraphernaux

- I. Entière capacité de la femme.
- II. Influence du Velleien sur les actes de disposition de la femme.

I

Si l'autorité maritale s'exerce souverainement dans l'administration et la jouissance de la dot immobilière dans le quasi-usufruit de la dot mobilière, elle perd toute sa force, toute sa raison d'être même au regard des paraphernaux.

Les paraphernaux et les adventifs sont les biens dont la femme, dans son contrat de mariage, s'est réservé la libre disposition. Comme nous l'avons souvent répété, l'autorité maritale a son principal fondement dans la constitution de dot; il est vrai qu'en Auvergne, la présomption de dotalité frappe tous les biens présents de la femme lors du contrat. Mais si, par une clause expresse, la femme a déclaré vouloir retenir une certaine quantité de biens pour en avoir, durant le mariage, l'administration et la jouissance; si elle les a extraits de la masse dotale pour en former à son profit un lot à part, elle a par là même fait un grand pas dans la voie de sa propre émancipation. Toutefois l'interdiction de dona-

tions d'épouse à mari, lui laisse encore dans la Coutume une certaine incapacité qu'on nommerait maintenant relative.

Si, sur les adventifs et les paraphernaux, les droits de la femme sont les mêmes dans l'ancien droit, il y a dans la nature de ces deux sortes de biens une différence qu'il convient de rappeler. Les paraphernaux sont proprement les biens dont la femme avait déjà la propriété, lors du contrat de mariage, et dont elle s'est, à cette époque, fait l'expresse réserve. Les adventifs, au contraire, sont les biens qui étoient à la femme durant le mariage, à un titre quelconque, sauf toutefois comme supplément de dot, et dont la femme s'est assuré implicitement l'administration et la jouissance, en ne faisant pas insérer dans le contrat que ses biens à venir seront dotaux. La présomption de dotalité, qui ne frappe en Auvergne que les biens présents, s'oppose à l'existence de paraphernaux et favorise, en revanche, celle des biens adventifs : à la femme qui désire retenir durant le mariage la pleine et absolue propriété de certains biens présents, incombe donc le devoir de faire insérer dans son contrat une clause spéciale qui les désigne nommément ; à l'épouse qui veut se réserver l'usufruit de ses biens à venir, il suffit de s'opposer à la rédaction usuelle : « les « bien présens et advenir de la future espouze « seront dotaux » ou plutôt d'y supprimer les mots « et advenir ».

Cette présomption de dotalité portant sur tous les biens présents de la femme, nous vient probablement du droit germanique qui ne concevait dans le ménage qu'un seul patrimoine dont l'adminis-

tration appartenait au seul mari. L'exemple du droit romain qui, au contraire, ne considérait comme dotaux que les biens expressément constitués en dot, et qui par là même reconnaissait, durant le mariage, l'existence de deux patrimoines absolument séparés relevant de deux administrateurs différents; plus probablement encore le développement du principe de la conservation des biens dans les familles, amenèrent une réaction contre la règle germanique : les biens adventifs en ont fortement profité. La famille de la femme qui assiste toute entière au contrat de mariage, se rend compte de l'étendue des dispositions qu'elle consent alors : elle voit nettement quels sont les biens qui passent sous une administration étrangère, et qui courent le risque d'y être sacrifiés. La femme d'ailleurs n'a point habituellement beaucoup de biens présents (il faut encore pour cela supposer qu'elle a perdu un de ses parents); elle ne possède de ce genre de biens que ce que son père, sa mère, ses lignagers veulent bien alors lui donner. La constitution de dot en biens présents est donc très souvent peu considérable et la présomption de dotalité n'étant pas dangereuse pour l'avenir du lignage, on peut sans inconvénient la conserver.

Il n'en est pas de même des biens à venir. La femme qui n'a pas été forclosée (et cela peut arriver, nous l'avons vu, de plusieurs manières), va recueillir un jour un patrimoine important. Si celui-ci est frappé de la présomption de dotalité, il sera appréhendé par le mari, il sera peut-être gaspillé par lui. Il est donc à la fois de l'intérêt de la famille et de celui de la société féodale que ce danger ne

soit pas couru, c'est-à-dire que cette présomption n'existe pas. Et voilà pourquoi le droit germanique, sur le principe de la dotalité universelle comme sur celui des donations entre époux pendant le mariage, n'a remporté qu'une victoire partielle.

S'il est permis d'ailleurs aux parents de la femme qui a foi en la bonne administration du mari, son futur allié, de faire, en faveur des mariés et de leurs descendants communs une institution contractuelle dotale, et de renoncer ainsi au bénéfice que la Coutume accorde au lignage, il est également permis au père, qui n'a qu'une confiance limitée dans les capacités de son gendre, ou qui désire initier de bonne heure sa fille à la vie juridique, de faire sur les biens présents une réserve de paraphernalité en faveur de cette dernière.

Les motifs de réserve peuvent être multiples. Malgré toutes les garanties données à la femme par la Coutume pour la restitution de sa dot (nullité de l'aliénation, action en désistement ménagée en cas d'un remploi autorisé, hypothèque générale et privilégiée), la dot est encore à la merci des entreprises d'un mari indélicat. Les parents avisés donneront donc à leur fille une portion de biens dont elle aura seule la libre administration et jouissance. Ces paraphernaux fourniront quelques ressources à la femme dont la dot aura été gaspillée; lui permettront encore, à la dissolution du mariage pour cause de divorce, de séparation, de prédécès du mari, d'attendre tranquillement les termes de la restitution de sa dot, si comme il arrive fréquemment, le mari ou ses héritiers ont obtenu pour cette restitution certains délais. De ce patrimoine abso-

lument personnel, la femme pourra distraire quelques biens pour récompenser le service d'un vieux domestique, pour faire des libéralités ou constituer une dot aux personnes qui lui touchent de près. Ainsi, le père aura ménagé quelques ressources à sa fille pour lui permettre de satisfaire ses désirs ou ses besoins, au cas où le mari refuserait d'assurer sur les revenus dotaux l'accomplissement des volontés de sa femme.

Enfin, les parents prévoyants, en faisant au profit de leur fille une réserve de paraphernalité, auront probablement voulu la former de bonne heure à la pratique des affaires. Nous avons vu que dans bien des cas, au regard de la dot elle-même, la femme est appelée à suppléer son mari, ou à intervenir à côté de lui ; en cas de prédécès de celui-ci, la femme doit recueillir la tutelle des enfants mineurs et administrer alors et ses propres biens et ceux de ses enfants. D'autre part, la femme, marchande publique au moment du mariage, ou continuant, après la mort de son mari, le commerce que faisait celui-ci, procède à une foule d'actes qui exigent d'elle une connaissance approfondie du droit ; d'ailleurs, comme commerçante, ayant besoin d'un certain crédit, elle doit posséder des biens propres, qui seront la garantie de ses bailleurs de fonds hypothécaires ou chirographaires, s'il est vrai, comme nous l'avons décidé plus haut, que les biens dotaux ne répondent point des dettes commerciales.

Quoiqu'il en soit des motifs qui ont poussé la femme à se faire, dans son contrat de mariage, une réserve de paraphernalité, il importe d'étudier succinctement ses pouvoirs sur eux. L'article 139 nous

les indique : « Femme mariée ou fiancée, est en la « puissance de son mari, ou fiancé, excepté quant « aux biens adventifs ou paraphernaux, desquels « elle est réputée mère de famille et dame de ses « droicts. » Cette expression « mère de famille » n'est que la traduction du mot *mater familias* romain. Toute femme, à Rome, qui était libre de toute puissance, qui ne dépendait que d'elle-même, en un mot, qui était *sui juris*, était *mater familias*. Si l'on s'en tient donc à l'origine du terme et à l'emploi qui en est fait dans l'article 139, la femme est mère de famille sur ses paraphernaux, parce qu'elle échappe à leur occasion à l'autorité maritale. Ce qui, soit dit en passant, n'est pas rigoureusement exact : car si la puissance maritale ne s'exerce pas directement sur cette sorte de biens, elle fait néanmoins que la femme n'en peut disposer en toute liberté ; c'est par crainte que l'influence maritale n'exerce trop de pression sur les déterminations de la femme, que la Coutume interdit à celle-ci toute aliénation de ses paraphernaux en faveur de son mari.

Mais, cette dérogation remarquable au droit de disposition de la femme une fois signalée, il faut bien reconnaître que la femme possède sur ses adventifs et paraphernaux des pouvoirs absolus, plus considérables même que ceux que le mari exerce sur ses propres biens.

Il y a donc trois patrimoines dans le ménage, et le patrimoine propre de la femme n'est pas, comme on l'a pressenti, le moins favorisé. D'abord, les biens personnels du mari : mais le douaire consenti à la femme dans le contrat de mariage en a déjà frappé

une partie d'indisponibilité (1) ; l'hypothèque générale et privilégiée de la femme les a tous définitivement immobilisés : le mari ne peut plus en disposer, car normalement (2) ni acquéreur ni bailleur de fonds ne se trouveront pour consentir à n'avoir sur eux qu'un droit précaire.

En second lieu, la dot immobilière, bien commun, en ce sens que le droit de propriété sur lui est divisé au profit de deux conjoints, dont l'un en a l'usufruit, et l'autre la nue-propriété; bien, dans les cas ordinaires, hors du commerce et réellement intangible.

Enfin les adventifs et paraphernaux de la femme qui peut en disposer librement, sauf au profit de son mari : mais ici, ce n'est plus une question d'indisponibilité qui est en jeu, il s'agit d'une véritable incapacité de la femme.

(1) La *donatio propter nuptias*, au temps de Justinien, était assimilée à la dot : le mari avait l'administration et la jouissance des biens qu'il avait donné à sa femme ; mais il ne pouvait pas plus les aliéner et les hypothéquer que le fonds dotal lui-même. — Le douaire des pays Coutumiers était aussi énergiquement protégé : tous les immeubles du mari en étaient les débiteurs éventuels, et ils ne pouvaient être définitivement aliénés sans l'autorisation de la femme. Même, en cas de séparation de biens, la femme avait le droit de se faire livrer immédiatement le demi douaire. — Beaumanoir XXI 2, XIII, 4. — Etablissement de Saint-Louis 1, 166.

(2) Mais exceptionnellement, si la femme renonce à son hypothèque, le mari pourra aliéner ses biens, à la condition toutefois que l'on voie clairement dans cet acte un intérêt pour la femme (par exemple, le mari vend un propre pour faire une réparation nécessaire au fonds dotal). Sans cela, la renonciation serait nulle, comme allant à l'encontre de la règle Coutumière qui interdit les avantages de la femme à mari.

La femme administre à sa guise les biens qu'elle s'est ainsi réservés par contrat de mariage; elle les donne à bail pour une durée illimitée; elle perçoit les revenus de la location; elle les emploie à l'agrandissement et à l'embellissement de son propre patrimoine; elle les dépense au profit de certaines personnes; elle les place enfin en rentes rachetables ou non. Cette administration, on le voit, est très étendue, car elle est basée sur un droit de propriété, et qui peut librement disposer peut *a fortiori* librement administrer.

La femme, comme nous l'avons signalé à maintes reprises, aliène à son gré ses paraphernaux pour doter ses enfants, et tous les modes de disposition permis par la Coutume sont utilisés par elle : vente, constitution d'hypothèque, donation entre vifs, donation à cause de mort (1), testament, institution contractuelle. Dans toutes ces hypothèses, la femme agit sans l'autorisation de son mari : elle est véritablement « dame de ses droicts » comme le dit Chabrol (2) : « Les biens aventifs et paraphernaux ne « diffèrent en rien, relativement au droit qu'à la

(1) Il convient de rappeler que l'Ordonnance de 1731 a assimilé la donation à cause de mort au testament ; cette donation n'est plus valable que lorsqu'elle est faite dans les mêmes formes que le testament, ou bien lorsqu'elle est insérée dans un contrat de mariage, nouvelle preuve de la protection constante dont on joui, dans notre ancien droit, les dispositions que favorisaient le mariage. — D'ailleurs, la Coutume d'Auvergne avait déjà assimilé, quant au taux, donation à cause de mort et testament : l'une et l'autre disposition ne valaient que pour le quart.

(2) Chabrol, tome 2, page 173,

« femme d'en disposer comme elle juge à propos, et
« d'en jouir sans l'autorité et le consentement de
« son mari... » Autre confirmation que l'autorité
maritale, en Auvergne, ne s'exerce guère qu'à l'occa-
sion de la dot, et dans la mesure exacte où cette dot
existe; qu'elle n'est presque, en un mot, que la
résultante de la constitution de dot.

Du fait que la femme aliène sans entraves ses
adventifs et ses paraphernaux (1), il faut déduire
qu'elle a le droit d'ester à cause d'eux en justice,
soit pour l'exercice des actions possessoires, soit
pour celui des actions réelles et pétitoires. Il faut
insister sur le droit qu'a la femme de les hypothé-
quer et de cautionner la dette d'autrui.

II

« La femme, constant son mariage, peut disposer,
« à son plaisir et volonté, sans le consentement de
« son mary, par quelque contract que ce soit, de ses
« biens paraphernaux et adventifs, au profit de ses
« enfans et autre quelconque personne... » (2). La
Coutume ne fait, au début de cet article, aucune
restriction ni quant aux modes d'aliénation, ni
quant aux bénéficiaires de l'aliénation. Nous avons
montré à différentes reprises que le but de nos cou-

(1) Rappelons-nous toutefois qu'elle doit réserver la légitime
de ses enfans. C'est l'exception signalée par tous les commen-
tateurs sous ces mots : *demptâ legitimâ*. — Vide aussi
art. 153.

(2) Article 147, Cout. d'Auv.

tumiers, en maintenant la doctrine du Velleien dans notre droit, n'avait pas été le même que celui qu'avaient poursuivi les auteurs du *senatus-consulte*, en le votant. Sans doute ces derniers avaient eu l'intention de parfaire les mesures édictées par Auguste en faveur de la conservation de la dot; mais ils avaient surtout voulu exclure la femme de la vie civile, la reléguer définitivement au foyer domestique. Ce qui le prouve, c'est que la défense d'intercéder pour autrui, édictée par eux, s'appliquait aussi bien à la fille ou à la veuve qu'à la femme en puissance de mari.

Le but qu'a poursuivi notre Coutume, en retenant le Velleien, remanié par Justinien, a été uniquement la conservation de la dot, et toutes les fois que la femme intercéde pour autrui, sans engager sa dot, elle agit valablement et tire ses pouvoirs de la nature même des paraphernaux, biens qui, de par la volonté de la famille, n'ont pas été, comme les dotaux, frappés d'indisponibilité et retirés du commerce. Si le père a eu assez de confiance en sa fille pour lui laisser la pleine et absolue propriété de certains biens, il a voulu par là même qu'elle pût les hypothéquer comme les vendre, étant elle-même assez bonne administratrice pour ne pas risquer imprudemment de perdre, par une obligation ou par un cautionnement, un patrimoine qu'elle n'aurait pas, de son plein gré, aliéné directement. La Coutume a donc été logique, en laissant à la femme, sur des biens dont elle était propriétaire, sans réserve, une liberté également sans limite.

Un seul danger était à redouter; mais la Coutume, suffisamment avertie par le droit romain,

l'a soigneusement évité. C'était celui d'une intercession en faveur du mari, ou pour embrasser plus complètement la question, celui d'une donation, d'un avantage purement gratuit fait par la femme à son mari.

A Rome, l'interdiction des donations entre époux durant le mariage, avait été établie dès les premiers temps de l'Empire. En dehors de tout texte législatif, la pratique, inspirée par la doctrine, avait fait tout naturellement admettre cette prohibition. Plus tard, il est vrai, sous l'influence de l'*Oratio Antonini* et des réformes de Justinien, le principe s'était bien radouci : la libéralité que l'époux donateur avait maintenue jusqu'à sa mort, survenue *durante matrimonio*, valait comme donation entre vifs et ses effets étaient rétroactivement reportés au jour où elle avait été faite. Ce qui avait provoqué cette défense, c'était la crainte qu'un des époux ne mit à profit l'affection ou la faiblesse de l'autre pour le dépouiller, et comme le disait Ulpien (1) : « *Ne mutuo amore invicem spoliarentur* ».

Notre Coutume n'a eu garde de négliger une arme toute préparée par le droit romain ; elle a donc réédité la même interdiction ; il faut même remarquer qu'elle l'a à la fois dénaturée et singulièrement aggravée. En droit auvergnat, la donation de mari à femme est parfaitement valable : ici, c'est la Coutume germanique qui triomphe. En revanche,

(1) Ulpien. L. 1, D. XXIV, 1.

la donation de femme à mari est toujours et sous toutes ses formes radicalement nulle. Ainsi l'épouse ne peut avantager son conjoint ni par une intercession ni par une libéralité entre vifs, ni par disposition testamentaire, ou donation à cause de mort. Ce n'est plus seulement la *reverentia mariti* qui est en cause, c'est le principe qui domine toute notre ancienne législation, celui de la conservation des biens dans les familles. Si des paraphernaux ont été donnés à la femme, c'est précisément pour lui permettre d'échapper partiellement à l'autorité maritale. On a assigné au mari sa portion d'administration et de jouissance sur la dot; il ne faut pas que, par menaces, insinuations, ruses de toute nature, il cherche à arracher à sa compagne quelque un des biens qu'elle s'est réservés. En frustrant sa femme, d'ailleurs, il frustre un lignage : que ce mari fasse de mauvaises affaires, que la femme meure sans enfant, les héritiers de cette dernière, par l'influence fatale d'un époux, auront perdu sans retour un patrimoine si soigneusement soustrait à l'autorité maritale. La femme qui avantage son mari, n'est plus la sage administratrice qui ne donne ou n'engage ses paraphernaux pour autrui qu'à bon escient; c'est l'épouse qui, par amour pour son mari, cède à ses sollicitations, à qui, en un mot, le cœur, et non plus la raison, dicte toutes les déterminations.

Il était donc d'une impérieuse nécessité de protéger la femme contre ses propres entraînements, de la déclarer incapable de disposer de ses paraphernaux au profit de son mari. Et voilà pourquoi l'article 147, après avoir permis en principe à la

femme : « De disposer à son plaisir et volonté., de
« ses biens paraphernaux et adventifs », fait cette
énergique restriction : « Fors et excepté, au profit
« de son mary et des enfans de sondict mary d'aul-
« tre mariage, ou aultre à qui le mary puisse ou
« doyve succéder.... » Voilà pourquoi encore, l'ar-
ticle 236, ne faisant aucune distinction entre la dot
et les paraphernaux, maintient, au profit de la
femme, l'incapacité velleienne : « Femme constant
« le mariage ne se peut obliger pour le faict de son
« mary, ne de celui ou ceux à qui sondict mary
« puisse succéder, ne aussi renoncer aux obliga-
« tions et hypothèques à elle appartenans ».

Quant à la prohibition des donations de mari à femme, on sait qu'elle n'a pas été retenue dans notre Coutume. Elle nous était venue de Rome bien réduite par les dispositions de Sévère et Caracalla et celles de Justinien, d'autre part on pouvait alléguer que l'influence de la femme sur le mari était moins à redouter que celle du mari sur la femme. Mais ce raisonnement n'était guère solide, et la chronique s'est chargée et se charge encore de bien nous prouver le contraire. On dirait également, pour justifier la règle coutumière, que le mari peut avoir certains torts à se reprocher vis-à-vis de sa femme dont il a dilapidé la dot, et qu'il faut lui laisser les moyens de les réparer, en lui permettant, sur son propre patrimoine, d'indemniser directement sa victime. On ajouterait aussi qu'ayant réalisé dans l'administration de la dot des bénéfices importants, le mari, par affection ou par esprit de justice, veut y faire participer la femme d'une façon durable, en lui donnant non pas de l'argent et des effets mobi-

liers qu'elle serait tentée de dépenser, mais un immeuble qui lui restera comme propre. Enfin, on allèguerait que le mari qui fait une libéralité à sa femme, ne s'appauvrit pas autant que la femme qui en fait une à son mari : le patrimoine de celui-ci, en effet, est frappé d'une espèce d'indisponibilité vis-à-vis des tiers, puisqu'il est grevé de l'hypothèque privilégiée de la femme; en en transmettant la propriété à son épouse le mari ne fait que changer pour elle un droit éventuel en un droit actuel et certain (1).

Malgré tout, ces divers motifs n'ont pas une grande force, et on ne trouve ni dans nos antiques traditions auvergnates, ni dans Masuer, la raison décisive de cette anomalie (2). Car il s'agit bien là d'une anomalie : pourquoi le droit germanique qui autorisait les donations entre époux, a-t-il, dans une province généralement si dévouée aux principes romains, plus profondément marqué son influence que dans des régions germaniques de race

(1) On pourrait même ajouter que le mari ne faisait ainsi souvent qu'une délivrance de douaire.

(2) Lorsque le père, dans le contrat de mariage de son fils, n'avait pas renoncé à l'usufruit universel que la loi lui donnait sur les biens de ce dernier, on comprend que l'autorisation accordée par la Coutume au mari de faire des libéralités à sa femme perdait toute sa force, au moins au regard des donations entre vifs. Car, ou bien le fils ne pouvait réaliser qu'une donation de nue-propriété en faveur de sa femme, ce qui ne répondait pas à son désir d'enrichir immédiatement cette dernière ; ou bien, pour faire une donation en pleine propriété à sa femme, il avait besoin d'obtenir le consentement et le département de son père, ce qui présentait pour le principe de la conservation des biens dans les familles une garantie considérable.

et de traditions ? Pourquoi la Coutume de Paris défendait-elle toute libéralité entre époux, autre toutefois, que le don mutuel, aussi bien par testament que par donation entre vifs : « Homme et « femme conjoints par mariage, constant iceluy, « ne se peuvent avantager l'un l'autre par donation « entre vifs, par testament ou ordonnance de dernière volonté, ny autrement, directement ny indirectement en quelque manière que ce soit, sinon « par don mutuel et tel que dessus ».

Ainsi, comme nous l'avions remarqué en nous occupant de la condition civile de l'épouse pendant le mariage, la capacité de la femme si fortement diminuée sur les biens dotaux, et cela par pure tradition romaine, a été encore attaquée et réduite sur un terrain où elle aurait dû régner sans conteste. Chose curieuse, l'autorité maritale n'a pas profité de cette déchéance ; la Coutume a eu le souci constant de ne lui laisser aucune conquête à faire, et pour éviter un conflit entre deux pouvoirs, celui du mari et celui de la femme, sur des patrimoines bien distincts ; elle a frappé la femme d'une incapacité complète à l'égard de son mari : la femme est donc protégée par une mesure législative ; elle est en sûreté, parce qu'elle est dans l'impossibilité d'agir, de même que maintenant les États neutres sont à l'abri des entreprises de leurs voisins parce qu'ils sont désarmés.

Telle est l'exception unique que la Coutume apporte au principe que l'épouse dispose en toute liberté de ses adventifs et paraphernaux. Il convient d'en signaler une autre, beaucoup moins grave puisqu'elle ne frappe point la femme d'incapacité

relative, comme fait la première, mais se contente d'entourer son administration et sa faculté de disposition des paraphernaux, de certains contrôles, ou, si l'on préfère, de certaines garanties.

Nous voulons parler du cas où la femme mariée est mineure. Sans doute, elle a été émancipée tacitement par son mariage; ce que nous indique l'article 140 : « Et depuis quelle a esté une fois fiancée, « ou mariée, combien que par viduité ou dissolution de fiançailles, soit hors la puissance de son « mary ou fiancé, néanmoins ne retourne en la « puissance de son père, ne ayeul paternel, mais « demeure dame de son droict ». Elle a ainsi recueilli l'administration et la jouissance des biens présents dont son père avait eu jusque là l'usufruit et qu'il ne s'est pas, lors du contrat, expressément réservé; elle s'est assuré l'usufruit de biens à venir si son père a renoncé à retenir sur eux la portion virile de jouissance à laquelle il avait droit (1).

Mais elle n'a pas acquis pour cela la faculté d'aliéner ses biens paraphernaux et adventifs. L'émancipation lui a donné seulement le droit d'ad-

(1) Loi *Si viva matre*, 3, Cod. de bon. mot. — Remarquons qu'en droit écrit, on observait la loi *cum oportet*, 6, Cod. de bon. quæ liberis, qui attribuait au père la moitié de l'usufruit des biens maternels ou adventifs de ses enfants par lui émancipés : « Par rapport aux biens de droit écrit, il faut encore distinguer... les biens *extens* lors de l'émancipation et ceux qui « sont survenus aux enfans depuis leur émancipation. A l'égard des premiers, il ne paraît pas qu'on puisse se déterminer par d'autres principes que ceux de la loi *cum oportet* et « des Institutes : l'usufruit de la moitié des biens actuels, doit « appartenir au père, *in præmium emancipationis*, sans qu'il « soit besoin d'aucune réserve : il suffit qu'il n'y renonce pas ». Chabrol, tom. 2, page 494.

ministrer ses immeubles, de vendre les effets mobiliers, d'ester en justice pour les actions mobilières et possessoires. Mais pour tout ce qui concerne l'exercice des actions réelles et pétitoires, comme pour tout ce qui touche la disposition de ses immeubles à un titre quelconque (1), la femme doit être autorisée par son curateur et par son mari. C'est du moins l'opinion de Chabrol (2) : « Si la femme « mariée était mineure, il ne suffirait pas qu'elle « fût autorisée par son mari ; il faudrait qu'elle eut « encore un curateur aux causes ; et si le mari étoit « lui-même mineur, il seroit nécessaire qu'il eût « un curateur aussi, pour qu'autorisé par lui, il « pût autoriser valablement sa femme à ester en « jugement... » Et plus loin : « Si le mari est « majeur, il peut autoriser sa femme mineure, mais « il faut toujours qu'elle soit autorisée aussi par « son curateur... ».

Ces autorisations sont donc nécessaires et suffisantes ; elles constituent à la fois un mode assez sérieux de protection pour la femme mineure, en même temps qu'une garantie pour les tiers qui traitent avec elle. Mais pourquoi la Coutume en exige-t-elle deux ? La nécessité de l'autorisation maritale se justifie par l'idée que le mari est mieux placé que tout autre personne pour connaître la situation financière de sa femme et pour se rendre compte de

(1) Toutefois il convient de rappeler que la femme peut tester dès l'âge de douze ans. L'Auvergne suivait, en matière de testament, les règles romaines qui donnaient au pubère la *factio testamenti activa*.

(2) Chabrol, tome 2, page 180.

l'opportunité d'une aliénation ou de l'utilité d'une procédure. Mais son intervention, pour être le plus souvent indispensable, peut n'être quelquefois qu'intéressée. L'ingérence du mari dans les affaires de la femme est interdite lorsque celle-ci est majeure; elle semble plus dangereuse si la femme est mineure : voilà pourquoi, par une disposition heureuse, la Coutume exige que l'influence d'un curateur vienne contrebalancer l'influence maritale. Le curateur est appelé, en effet, pour contrôler la portée des actes de l'épouse mineurée; la nécessité de son intervention se justifie par l'idée qu'il discute les prétentions du mari, qu'il déjoue ses entreprises, en un mot qu'il n'agit toujours que pour le plus grand bien de sa pupille occasionnelle.

Cette hypothèse examinée, revenons au cas plus fréquent où la femme est majeure. Nous avons constaté avec quelle rigueur et quelle persévérance la Coutume a poursuivi l'interdiction des avantages d'épouse à mari. La femme ne peut pas intercéder pour lui; elle ne peut, à son profit, ni tester ni faire une donation entre vifs : tel est le principe. Mais, chose déconcertante, la Coutume détruit en un instant son propre ouvrage, quand elle permet à la femme fatiguée de la gérance de ses paraphernaux, ou désireuse de donner un témoignage de son affection à son mari, d'abandonner à ce dernier l'entière administration et jouissance de ces mêmes biens pendant le mariage. Masuer (1) avait déjà, au

(1) Masuer, de usufr., n° 10, *in fine*.

xv^e siècle, reconnu cette faculté à la femme; mais dans l'opération telle qu'il nous la décrit, nous ne pouvons voir qu'un mandat. Rien ne nous y révèle un avantage direct ou indirect pour le mari : celui-ci administre bien les propres de sa femme, il en perçoit les revenus; mais il doit en rendre compte à la dissolution du mariage : c'est un mandat gratuit qu'il remplit et ce faisant, en réalité, c'est plutôt lui qui avantage sa femme : « *Item vir debet restituere hæredibus uxoris fructus, quos cepit ex rebus parafernalibus adventiis, saltem naturalibus* ».

L'article 180 ne distinguant point entre le fait pour la femme d'avoir simplement toléré la jouissance du mari et celui de lui avoir expressément confié l'administration des paraphernaux, détruit donc partiellement le principe de l'interdiction de femme à mari, et établit une règle absolument nouvelle, lorsqu'il dit : « Le mary, constant le mariage quand il joyt avec sa femme des biens paraphernaux et adventiz de sadicte femme, faict les fruiets siens, en entretenant lesdicts biens en bon estat et suffisant, sinon que autrement entr'eux ait esté accordé et convenu ».

Sans doute, le principe de la conservation des biens dans les familles est en bonne partie sauvegardé, puisque le mari, n'ayant que la jouissance des paraphernaux, ne pourra point les aliéner et priver ainsi la femme et ses lignagers de biens qui doivent légitimement leur revenir. La règle de l'interdiction des donations d'épouse à mari ne sera pas complètement renversée : la femme, en abandonnant l'usufruit de paraphernaux à son mari,

lui aura bien fait un avantage direct, considérable en apparence; mais en réalité cette donation de jouissance n'aura rien des effets funestes d'une translation pure et simple de propriété (1). D'ailleurs, les revenus touchés par le mari ne seront pas entièrement perdus pour la femme; ils seront généralement employés aux besoins du ménage, et, devenus plus abondants sous une administration plus vigilante, ils serviront également à accroître le bien-être des deux époux : c'est ainsi que l'on peut dire, sans forcer la maxime, qu'en laissant au mari l'usufruit des paraphernaux, la femme aura à la fois donné et retenu.

D'autre part le but de la Coutume, en portant ainsi atteinte au principe de la prohibition des libéralités de femme à mari, a vraisemblablement été, quoique les commentateurs ne s'en expliquent guère, de permettre à une épouse, à une mère, qui est riche des revenus de ses paraphernaux, de venir de son plein gré en aide à son mari et à ses enfants pour la subsistance desquels les revenus de la dot et des propres du mari étaient insuffisants, et cela sans attendre d'y être contrainte par l'absolue nécessité.

Enfin, le mari qui, par délicatesse, par exemple,

(1) Le fait pour quelqu'un de laisser un autre toucher à sa place certains revenus, ne constitue pas une véritable libéralité. Et si l'on peut employer ici un argument assez cher aux Romains, ces revenus n'auraient probablement guère profité à la femme; elle les aurait dépensés au jour le jour : *lautius vixisset*; à la fin du mariage, elle ne s'en fût guère trouvée plus riche.

n'a pu entrer en possession de la dot promise à sa femme dans le contrat de mariage, ne doit pas, par une disposition légale arbitraire, perdre tout espoir d'obtenir sur les paraphernaux une modeste compensation de ce qu'il n'a pas touché légitimement par ailleurs. Faudrait-il ajouter que les auteurs de la Coutume ne pouvaient songer à imposer, durant tout le mariage, à une femme débile, peu expérimentée, une tâche aussi lourde que celle de la surveillance et de l'administration de biens parfois considérables ?

Au reste, cette concession faite par la femme à son mari ne peut que favoriser le maintien des bons rapports entre époux. Elle pousse le mari à donner plus de soins à la gérance de la dot et à moins y sacrifier les intérêts de la femme à ses propres intérêts. Cette union des biens dotaux et paraphernaux, tout en facilitant la tâche de l'administrateur, élève la femme au rang d'associée du mari : elle est l'ébauche du tableau de la complète harmonie de sentiments et d'intérêts que nous offre seul le régime de communauté (1).

(1) Il faut ajouter que la concession ainsi consentie par la femme est essentiellement précaire ; celle-ci peut la retirer quand bon lui semble : autre preuve qu'elle n'a pas fait à proprement parler une véritable donation. — Il importe encore de signaler l'obligation pour le mari d'entretenir « lesdicts « bien en bon estat et suffisant.... » ce qui signifie, d'après Chabrol tome 2, page 451) « que le mari qui jouit ainsi des « biens adventifs et paraphernaux, les entretienne en bon « état ; c'est une charge naturelle de la jouissance ; et comme « la loi ne considère les biens que déduction faite des dettes, « on ne doit compter aussi pour revenus que ce qui reste après « avoir satisfait aux charges et à l'entretien ; les engagements « du mari, à cet égard, sont ceux de tout bon père de famille ».

TROISIÈME SECTION

LIQUIDATION DES RAPPORTS ENTRE ÉPOUX

CHAPITRE PREMIER

Restitution de la dot

- I. Dans quels cas et comment elle s'opère.
- II. Garanties de la femme.

I

Le fonctionnement des divers rouages que nous avons étudiés dans le régime dotal, peut se trouver brusquement enrayé à la suite, soit de certains accidents qui détruisent le mariage (et c'est le divorce, la mort d'un des conjoints), soit d'événements qui en relâchent simplement les liens : et c'est la séparation de corps et de biens. Dans le premier cas, puisqu'il n'y a plus de mariage, il ne doit plus y avoir de régime dotal : la restitution de la dot s'opère et on procède définitivement à la liquidation des rapports entre époux. Dans le second cas, le mariage subsiste, mais bien diminué ; la femme rentre aussi en possession de sa dot et l'autorité mari-

tale ne s'exerce plus sur elle et sur ses biens qu'à de rares intervalles.

Le divorce qui avait été très employé dans la Rome impériale païenne, et que les empereurs chrétiens et la législation de Justinien n'avaient point aboli, avait été également en grand usage chez les Germains. Il est donc probable que, grâce à cette double influence, cette institution avait été recueillie par l'Auvergne, sous la domination franque, à une époque où la Barbarie l'aurait du reste suggérée, si elle n'eut déjà existé aussi largement au profit du mari. Mais on sait que, de très bonne heure, l'Eglise qui avait toujours repoussé cette dissolution toute arbitraire d'un lien considéré par elle comme sacré, parvint à faire proscrire à peu près complètement le divorce des mœurs. Au ^{xii}^e siècle, l'idée que l'homme ne peut, sans sacrilège, rompre une union à laquelle Dieu a présidé, avait pénétré si profondément dans les masses, que le droit romain, dans toute la splendeur de sa renaissance, ne prévalut point contre elle. Masuer, et plus tard la Coutume, n'ont fait aucune allusion au divorce. Et quoiqu'à cette époque les mœurs fussent encore très relâchées, et que les cas d'adultère fussent fréquents, les commentateurs, tout en reconnaissant que l'épouse coupable est justiciable à la fois de la vindicte publique (1) et de la vengeance privée du

(1) Comme nous l'avons constaté, les peines publiques étaient peu sévères : ou bien l'autorité locale infligeait à l'adultère et à son complice une amende dérisoire ; ou bien elle soumettait le coupable à un châtiment bien plus scandaleux

mari offensé (1), ne donnaient point à ce dernier le droit de demander le divorce. Il avait tout au plus celui de demander la séparation de corps, et en dehors du cas d'adultère, il ne pouvait répudier sa femme, comme autrefois, à sa guise et fantaisie.

L'Eglise, tout à la fois pour suppléer aux effets secondaires du divorce qu'elle était bien obligée, dans certains cas, de considérer comme salutaires, et pour maintenir le mariage au moins comme sacrement, créa la séparation de corps que les canonistes et les coutumiers appelèrent *divortium quoad torum et mensam*. La séparation de corps fut nécessairement accompagnée de la séparation de biens, et si la Coutume ne lui a consacré aucun article, probablement parce que la séparation, tout en étant peu fréquente, n'était pas discutable dans son principe, nous la retrouvons toutefois mentionnée chez les commentateurs. D'après les quelques renseignements qu'ils nous en donnent, voici quelle était la situation de la femme qui avait obtenu la

que la faute elle-même. Ce n'était donc pas au point de vue pénal proprement dit, que la femme était le plus rigoureusement châtiée mais au point de vue civil, puisque, si nous nous en rapportons au passage de Masuer déjà cité (titre XIV, 3, in fine) elle perdait à la fois sa dot et son douaire.

(1) Au XIII^e siècle, Beaumanoir avait donné au mari qui surprenait sa femme en flagrant délit d'adultère, le droit de la tuer sur le champ : « Mais bien se gart li maris qui tele ven-
« jance veut peure de se feme, que ne laisse passer le faict pré-
« sent, car s'il ocioit après ce qu'il s'en seroient parti le feme
« ou l'omme, et offrist à prover qu'il avoient esté trouvé ensan-
« ble puisse se deffense, ce ne li vaurroit riens qu'il ne fust trai-
« nés et pendus, puiqu'il auroit lessié passer le fet présent ».

— Cout. Beauvoisin. Edit. Beugnot. Chap. XXX des Meffès,

séparation contre son mari (1) : la femme, une première fois émancipée de la puissance paternelle par le mariage, l'était une seconde fois de la puissance maritale par la séparation. Elle avait le droit d'avoir un domicile différent de celui du mari. Sa dot mobilière lui était rendue; l'administration et la jouissance de sa dot immobilière étaient retirées au mari. La femme séparée pouvait procéder en justice pour l'exercice des actions mobilières; de même, elle donnait et recevait valablement quittance d'un simple mobilier. Seuls, les actes de disposition sur sa dot lui étaient interdits, de même qu'à l'occasion de cette même dot, l'exercice des actions réelles et pétitoires. Ainsi le principe de l'inaliénabilité dotale persistait après la séparation de corps et de biens : et pour la raison toute simple que la dot constituée en vue du mariage devait durer aussi longtemps que celui-ci. Si la Coutume avait autorisé la femme à retirer brusquement à son mari la jouissance d'une dot dont il compromettait l'existence, ce n'était pas pour permettre à cette même femme de la sacrifier à son tour. Cette dot, en effet,

(1) Hors le cas d'adultère, dans lequel le mari était admis à demander la séparation, c'était toujours à la femme seule qu'appartenait le droit de la provoquer. Ainsi la femme, pour qui son hypothèque privilégiée, son action en désistement, etc., n'étaient que des garanties quelquefois illusoire, puisqu'elles ne s'exerçaient qu'à la dissolution du mariage, était, pendant le mariage même, protégée énergiquement contre la puissance maritale : aux violences faites sur sa personne, aux abus d'administration commis sur ses biens, la séparation opposait une barrière puissante ; la capacité de la femme renaissait pour infliger à l'autorité maritale, désarmée en face d'elle, un châtiment exemplaire.

devait subsister intangible pendant toute la durée de l'union ; et la mort de l'un des conjoints pouvait, seule, en régler l'attribution définitive soit aux enfants communs, soit aux lignagers de la femme.

Ainsi encore, l'autorité maritale survivait à la séparation, pour habiliter la femme dans les actes de disposition de la dot devenus nécessaires : par exemple lorsqu'il s'agissait pour elle d'exercer ou de soutenir en justice des actions réelles et pétitoires, de parer, par une transaction, aux dangers et aux frais multiples d'un procès ; ou encore de doter une fille et d'aliéner une partie de la dot pour faire les réparations indispensables à la conservation de l'autre. En enlevant au mari l'administration et la jouissance dont il faisait un mauvais usage, on n'avait pas voulu par là même le dispenser de ses devoirs d'époux et de père. L'affection qu'il avait pour sa femme et ses enfants devait lui suggérer les meilleurs conseils pour la prospérité de la famille. Connaissant d'ailleurs très exactement l'état de la dot et le parti qu'on pouvait en tirer, sachant encore les dangers qui la menaçaient, les chances ou les risques de gagner ou de perdre un procès, il était donc raisonnablement appelé à donner une autorisation que son expérience des affaires justifiait pleinement. Et même s'il était pauvre, l'espérance de voir augmenter, grâce à la prospérité des affaires de sa femme, la pension alimentaire que celle-ci lui servait, ne contribuait pas peu à lui faire donner des avis pleins de sagesse. Enfin fût-il riche, fût-il animé de mauvaises intentions à l'égard de sa femme, parce que aigri par le coup qui venait de le frapper, l'opposition qu'il fai-

sait systématiquement aux projets de son épouse, pour être parfois funeste, n'en n'était pas moins assez souvent heureuse pour la dot. La femme, en effet, éblouie par la fortune qu'elle avait recouvrée, peu habituée d'ailleurs à compter et à administrer, aurait été tentée de dilapider très vite un patrimoine naguère si soigneusement protégé. Du reste, au xvi^e siècle, son rôle dans la vie juridique était assez effacé : généralement exclue de la majeure partie des successions de sa famille, mariée avec une dot modeste, sans réserve de paraphernaux, elle n'avait encore qu'une capacité civile bien faible et elle souffrait encore du préjugé romain que la femme est impropre aux affaires et qu'elle doit, en toutes circonstances, être protégée contre ses propres erreurs (1).

Voilà pourquoi les commentateurs, désireux de sauvegarder, au moment où il courait le plus de dangers, le principe de l'inaliénabilité dotale et de la conservation des biens dans les familles, ont tout d'abord interdit à la femme séparée de disposer par vente ou par hypothèque de sa propre dot, et lui ont ensuite imposé, pour la validation de tout acte de nature immobilière, la nécessité de l'autorisation maritale. Cette dernière exigence, qui pourrait ne paraître qu'une simple formalité, a été, à leurs yeux, la sanction du principe qui leur était si cher, car ils ont eu sans doute le secret espoir que

(1) Cette conception juridique est également un souvenir des Coutumes germaniques qui tenaient les femmes, mariées ou non, en perpétuelle tutelle.

l'affection ou la haine du mari pour sa femme le pousserait également à refuser toute autorisation. C'est ainsi qu'aveuglés par le désir de fortifier, coûte que coûte, la règle d'inaliénabilité dotale, ils n'ont pas voulu convenir que l'autorisation maritale était assez fréquemment une mauvaise garantie, et qu'elle sacrifiait souvent une dot que, par bénéfice de survie, elle était destinée à protéger. Par des refus systématiques, le mari était cause que l'immeuble dotal, faute d'une autorisation d'aliénation partielle pour réparations urgentes, tombait en ruines; que le tiers, désireux d'acheter le fonds dotal à un bon prix, lorsque le contrat de mariage en avait prévu la vente et le remploi, se fatiguait d'attendre une permission trop lente à venir et renonçait à ses projets. Ou bien, le mari, heureux de profiter d'une supériorité momentanée que lui accordaient nos usages, et brûlant de prendre une revanche de l'humiliation que lui avait infligée la femme en demandant la séparation, ne se gênait pas pour exiger en échange de son autorisation le paiement d'une grosse somme d'argent. Et lorsqu'après bien des efforts, bien des démarches propres à envenimer de plus en plus les rapports entre époux déjà si tendus, la femme n'avait pu obtenir cette précieuse autorisation, elle devait s'adresser à la justice, et c'étaient encore pour elle de nouveaux frais et de nouveaux retards ! En définitive donc, notre ancien droit avait commis une lourde faute en maintenant, dans les actes de nature immobilière, la règle de l'autorité maritale qui présentait beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages. Il eût mieux valu, puisqu'on ne voulait pas émanciper

complètement la femme, lui choisir un curateur dont les avis eussent été plus impartiaux et l'autorisation plus prompte à obtenir.

Aussi, la loi du 6 février 1893 a été bien inspirée en rayant de notre code une exigence que les préjugés du XVIII^e siècle y avaient conservée; et tout en retenant à l'égard de la femme séparée le principe de l'inaliénabilité, elle lui a permis, toutes les fois où l'aliénation était prévue par le contrat de mariage, d'aliéner seule aussi librement qu'elle aurait pu le faire avec l'autorisation maritale.

Comme nous l'avons déjà constaté, le divorce et la séparation de corps et de biens n'intervenaient que rarement, au XVI^e siècle, pour rompre ou relâcher les liens du mariage. C'était donc par la mort de l'un des conjoints que le mariage prenait normalement fin; et c'est toujours dans cette dernière hypothèse que nous nous placerons désormais pour étudier la liquidation des rapports entre époux.

II

Lorsque c'était le mari qui précédait, sans laisser d'enfants communs, c'étaient ses lignagers qui étaient chargés de restituer la dot de la veuve et de lui payer son douaire. Chacun de ceux qui avaient recueilli des immeubles dans la succession du mari, était exposé à être poursuivi pour tout le montant des créances de la femme armée de son hypothèque légale; quitte à la personne actionnée à exercer contre ses co-héritiers une action en recours pour ce qu'elle avait payé à leur place. Ceux qui

n'avaient obtenu, dans le partage, que des effets mobiliers n'étaient pas à l'abri de l'action personnelle de la femme créancière de la succession, ils pouvaient être poursuivis par elle jusqu'au prorata de leur émolument.

Si le mari, en mourant, laissait des enfants issus du présent mariage, la femme reprenait encore sa dot et recueillait son douaire, en même temps que la gagne coutumière. Lorsque les enfants étaient mineurs, et que le père, dans un acte de dernière volonté, ne leur avait point désigné de tuteur (1), la mère pouvait être appelée à l'administration et à la jouissance de leurs biens jusqu'à leur majorité, à condition toutefois que le grand-père paternel fut mort et qu'il n'y eût, parmi les enfants, aucun mâle majeur (2).

La mère, libre d'ailleurs d'accepter ou de répudier la tutelle, devait pour prétendre l'exercer, être majeure, c'est-à-dire avoir vingt-cinq ans; elle devait également, avant d'entrer en fonctions, faire

(1) La Coutume d'Auvergne et la partie de droit écrit suivaient ainsi le principe romain qui donnait une préférence formelle au tuteur testamentaire à la fois sur le tuteur légitime et sur le tuteur nommé par le magistrat sur l'avis des parents. — Art 67 : « Tuteurs testamentaires sont préférés à tous autres. »

(2) La Coutume donnait la préférence sur la mère à l'aïeul paternel et au fils aîné âgé de vingt-cinq ans. — Article 69 : « L'ayeul paternel est préféré, quant à la tutelle de ses neveux ou nièces en droict ligne, à la mère desdicts nepveux ou nièces. » — Article 72 : « Le frère aîné majeur de vingt-cinq ans, au temps du trépas du père ou ayeul, est tuteur de ses frères et sœurs mineurs et en forclost la mère... »

dresser un inventaire des biens des mineurs » (1). La tutelle de la mère prenait fin, lorsque celle-ci convolait en secondes noces : elle était alors obligée de rendre compte de sa gestion et de payer le reliquat des sommes qu'elle restait devoir aux mineurs (2). Elle perdait ainsi définitivement l'admi-

(1) Il s'agit ici, bien entendu, d'une tutelle légitime. Mais le père pouvait, dans son testament, conférer la tutelle à la mère soit expressément soit sous cette forme assez vague et cependant très employée : « Je laisse (mon épouse) dame et usufruitière de nos biens ». Chabrol, à l'instar des autres commentateurs, ne voit dans cette clause ambiguë que l'exécution d'une clause testamentaire; et non pas une libéralité viagère faite uniquement en faveur de la femme, comme on pourrait le croire : « Il y a lieu de penser, et c'est l'intention ordinaire » des pères qui font ces sortes de legs, que l'usufruit ne doit « avoir lieu que pendant la minorité des enfans, ou jusqu'à « leur mariage ». Ces dispositions de la Coutume à l'égard de la mère, tutrice légitime, sont des souvenirs de l'idée romaine que la mère n'a pas la puissance paternelle. A Rome, cette puissance, à la mort du père, est conservée à l'aïeul paternel; elle est acquise au fils aîné sur ses frères impubères, sur ses sœurs, quel que soit leur âge, et sur sa mère qui est, à son égard, *loco sororis*.

(2) Si nous mentionnons cette règle en apparence étrangère à notre sujet, c'est pour faire ressortir l'application nouvelle du principe de la conservation des biens dans les familles qui domine tous les rapports entre époux pendant le mariage et qui survit à la dissolution de celui-ci. Les auteurs de la Coutume ont craint que l'influence du nouveau mari ne détournât la femme de ses devoirs vis-à-vis de ses enfans du premier lit, et que le beau-père ne parvînt à accaparer certains effets du patrimoine des mineurs; ce qui eût été tolérer l'enrichissement d'une famille aux dépens d'une autre. Notre droit moderne, s'inspirant de l'idée que la mère doit conserver tous ses droits jusqu'à la majorité ou à l'émancipation des mineurs, et que dans les difficultés d'une administration parfois considérable, elle a besoin des conseils et de l'appui d'un homme, permet à la tutrice, munie de l'approbation du conseil de famille, de continuer à remplir ses fonctions et lui adjoint même son second mari en qualité de co-tuteur. — Article 396 C. civ.

nistration de la fortune de son premier mari, dont la gestion était confiée à un lignager paternel. Le même résultat se produisait à la majorité des enfants ou à leur émancipation par mariage. La famille du mari recouvrait alors la jouissance de biens dont elle avait été temporairement privée (1); et entre les mains des descendants du mari, de ses véritables continuateurs et des traditions de sa race, cette terre, parce que éternelle elle-même, assurait définitivement les destinées du ménage et était pour celui-ci un symbole et un gage de pérennité.

Si le mariage était dissous par la mort de la femme, le mari resté veuf et sans enfant de cette union, restituait la dot aux lignagers de sa femme dans les mêmes conditions qu'il l'eût rendue à la femme elle-même; il retenait seulement, pour son propre compte, la gagne que la Coutume lui accordait de plano sur les biens de son épouse, et en outre les autres libéralités que celle-ci, dans son contrat de mariage, lui avait consenties sous forme de gains de survie. Lorsqu'il y avait des enfants, le mari était de plein droit leur tuteur, et il gardait l'administration et la jouissance des biens maternels pendant toute sa vie. Tel était le principe auquel on apporta très vite de nombreuses dérogations. Ainsi, lorsque la fille contractait mariage, le père, d'après les termes mêmes de la Coutume, perdait son usufruit, si

(1) Les biens du mari revenaient à son lignage, diminués du montant du douaire, de la gagne coutumière et de toutes les donations entre vifs ou à cause de mort que le mari avait pu faire à sa femme pendant le mariage.

expressément il ne se le réservait dans le contrat; lorsque le fils se mariait, le père renonçait assez ordinairement à la jouissance légale des biens de celui-ci. Nous avons eu plusieurs fois l'occasion de le constater dans le cours de ce travail, et nous avons expliqué le régime de faveur établi pour la fille par l'idée qu'elle sortait de la famille de son père, que celui-ci n'avait plus la charge de son entretien, et qu'il devait, soit en constituant de son propre chef une dot à cette fille, soit en ne retenant pas son usufruit sur les biens maternels de celle-ci, lui fournir les ressources nécessaires pour vivre et élever ses enfants dans le nouveau lignage où elle était reçue. Le fils, au contraire, en se mariant, restait le plus ordinairement dans la maison paternelle où sa femme « entraînait fille ». Le père continuait donc à avoir de lourdes obligations à remplir, et s'inspirait sans doute de la maxime : *ubi onus, ibi emolumentum esse debet*, la Coutume lui accordait le droit de garder l'usufruit des biens de son fils (1). Une renonciation de sa part était donc une pure libéralité; c'était, légalement parlant, une exception; et le fils eût-il atteint l'âge de la majorité fixée par la Coutume, restait, pendant toute la vie de son père, soumis à sa puissance et incapable de jouir et disposer de ses biens (2).

(1) On doit donc considérer la jouissance du père, en même temps que comme un droit dérivé *ipso facto* de la puissance paternelle, comme un usufruit à titre onéreux. Ce qui est une atténuation du principe primitif romain que la *patria potestas* avec tous ses attributs n'est établie que dans l'intérêt du père.

(2) Article 186 : « Le père est usufruituaire des biens maternels et adventifs de son enfant, et dure ledit usufruit,

On reconnaît sans peine que sur ce point l'influence romaine s'est encore exercée profondément sur notre ancien droit et que la famille auvergnate du xvi^e siècle est, à peu de chose près, soumise à la même rigoureuse *patria potestas* que la *familia* romaine au temps de la République (1).

Dans cette dernière hypothèse, la restitution de la dot en pleine et absolue propriété ne s'opère pas à la dissolution du mariage; elle est reportée soit à l'époque où le père convole en secondes noces, sans avoir fait inventaire, soit au moment où il meurt. Dans le premier cas, les enfants, s'ils sont encore mineurs, passent sous une nouvelle tutelle; s'ils sont majeurs, ils ont immédiatement la jouissance de la dot de leur mère, et, protégés par l'Edit des secondes noces, ils auront l'espérance de recueillir, au décès de leur père, les libéralités que la mère lui avait faites par contrat de mariage. La dévolution de la succession maternelle s'opérera ainsi en deux

« nonobstant que l'enfant trépassé, le père survivant ». Vide, art. 7 et art. 67 qui n'est que la traduction d'un passage de Masuer, titre 5, N^o 1.

(1) Cependant Prohet... dit qu'on ne reconnaît point en Auvergne la puissance paternelle. S'il a entendu parler de cette ancienne puissance paternelle qui donnait aux pères droit de vie et de mort sur leurs enfants, son observation ne trouva pas de contradicteur; il en est de même, s'il a entendu parler de certains effets de la jouissance paternelle, comme de l'incapacité où sont les fils de famille, de tester ou de donner à cause de mort, sans le consentement actuel du père, mais, à cela près, et surtout relativement à l'usufruit, la jouissance paternelle, telle qu'elle a été restreinte dans le dernier état de la jurisprudence romaine, a lieu dans notre Coutume, et elle ne cesse point à la majorité. Chabrol, tome 1, page 16.

fois au profit des héritiers naturels et à des époques peut-être très éloignées. Dans le second cas, les biens maternels arriveront aux enfants, confondus avec la succession paternelle, et le partage s'opérera également en bloc.

Il faut donc, pour avoir une idée exacte du mécanisme de la restitution de dot, nous placer dans l'hypothèse où elle s'opère immédiatement, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas d'enfants issus du mariage et qu'après la mort du mari, par exemple, ses lignagers procèdent à l'égard de la femme à la remise de la dot, du douaire et de la gagne dans les conditions fixées par la Coutume ou par la Convention (1).

Lorsqu'il s'agit d'une dot mobilière pour laquelle il n'a pas été prévu de remploi dans le contrat de mariage, la restitution doit, en principe, s'opérer immédiatement (2). La femme est même saisie de plein droit, par le décès du mari, des effets mobiliers qui subsistent et dont le mari n'a point disposé : ce sont, par exemple, les titres de rentes, les obligations hypothécaires, les billets chirographaires que le père avait donnés à sa fille pour lui constituer une dot. Il ne faut pas perdre de vue que

(1) Encore une fois, nous laissons de côté le divorce qui n'est qu'un cas de dissolution du mariage tout à fait anormal; et la séparation qui n'entraîne pas d'ailleurs une liquidation complète des rapports pécuniaires entre époux.

(2) Rappelons l'article 245 de la Coutume qui applique le même traitement de faveur à la femme qui poursuit la restitution de sa dot, qu'au mari qui en demande le paiement après la célébration du mariage : « Et n'ont lieu lesdits répits d'un « ou de cinq ans contre le mary poursuivant la dot de sa « femme, ne aussi contre la vefve poursuivant le paiement ou « la restitution de sa dot. »

le mari, sur le mobilier dotal, avait un droit de propriété temporaire pendant le mariage; la tradition romaine d'une part, les nécessités d'une bonne administration de l'autre, lui avaient fait conserver dans notre Coutume un droit que le Code civil appelle quasi usufruit et qui a, au fond, tous les caractères d'une propriété *ad tempus*. Le mari a donc pu convertir tous ces effets mobiliers en argent, il a pu également vendre les meubles proprement dits. Dans ce cas, au temps de la restitution de dot, la femme est créancière des sommes touchées par le mari, et comme elle ne saurait s'en mettre en possession elle-même, elle est armée d'une simple action en restitution contre les lignagers du mari. D'ailleurs, si, dans le contrat de mariage, il avait été prévu un délai pour le remboursement de la dot mobilière, la femme devrait, sans aucun doute, respecter cette convention, et nous avons montré dans l'étude des paraphernaux que c'est, dans semblable hypothèse, l'utilité de cette sorte de bien qui permet à la femme d'attendre sans trop de gêne les époques de restitution de sa dot (1). Mais il fallait, pour cela, qu'il y eût une clause expresse dans le contrat, car on ne suivait en Auvergne, ni dans la partie coutumière,

(1) Il est vrai que si le mari avait, dans le contrat, constitué un douaire immobilier à sa femme, celle-ci, au décès de son conjoint, pouvait s'en mettre en possession immédiatement. Les héritiers du mari lui donnaient également sur le champ les bagues et bijoux ainsi que les vêtements de deuil. La femme trouvait donc, en dehors de ses paraphernaux, des ressources considérables dans la succession même de son mari.

ni dans la partie de droit écrit, les principes romains sur la restitution de la dot mobilière. A Rome, en effet, le droit classique avait accordé aux héritiers du mari la faculté de se libérer en trois paiements annuels, et Justinien leur avait, en définitive, donné un délai d'un an (1). L'usage en Auvergne était, au contraire, de restituer la dot mobilière incontinent après la dissolution du mariage, à moins que la famille de la femme n'eût pris elle-même termes et délais pour le paiement de la dot et que l'on eût stipulé, en contre-partie équitable, que les héritiers du mari jouiraient, pour la restitution, de la même faveur. C'était l'idée, qu'abstraction faite de cette dernière clause, Masuer avait développée en disant : « *Si vero pro dote solvendâ adjecti fuerunt termini, illi censentur repetiti in dotis restitutione, licet non fuerit expressum* ».

Ordinairement, dans les contrats de mariage où l'on accordait du temps aux héritiers du mari pour la restitution de la dot mobilière, on ne faisait pas courir contre eux d'intérêts jusqu'aux époques fixées pour le paiement du principal; et c'était justice puisqu'on avait arbitrairement reculé à une date ultérieure le moment d'exigibilité de la créance et que les débiteurs étaient en demeure, non plus à la dissolution du mariage, mais bien à l'époque fixée par la convention. Mais, soit à la mort du

(1) C'est la solution qu'a conservé le Code civil : « Si elle (la dot) consiste en une somme d'argent, ou en meubles mis à prix dans le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en rend pas le mari propriétaire, la restitution n'en peut être exigée qu'un an après la dissolution ». Article 1565.

mari soit à l'époque fixée par le contrat pour la restitution, les intérêts couraient au profit de la femme. C'est ce que nous dit Chabrol sans autres commentaires : « Les intérêts « courent, de droit, en sa faveur et celle de ses en- « fans, à compter de la dissolution du mariage : il « n'en est pas de même pour les intérêts, si l'action « en restitution est ouverte directement aux colla- « téraux de la femme » (1). Mais veut-il parler d'intérêts légaux ? C'est peu probable, car nulle part la Coutume n'en a fixé le taux (2). Il est donc certain qu'il fait allusion aux intérêts conventionnels prévus par les parties dans le contrat, ou bien à ces clauses pénales que l'on retrouve dans quelques vieux actes et qui rappellent assez les *stipulationes pœnæ* des Romains.

Quoiqu'il en soit de cette question, qui se pose aussi bien pour la dot immobilière que pour la dot mobilière, il importe de voir maintenant comment s'opérait la restitution de l'immeuble dotal.

(1) Chabrol, tome 2, page 270.

(2) A moins qu'il n'y ait ici référence tacite au droit romain qui, lorsqu'une obligation avait pour objet une somme d'argent et que le débiteur était en demeure de payer, permettait au créancier muni d'une action de bonne foi (ce qui était le cas pour l'*actio rei uxoriæ* pendant la période classique, et pour l'*actio ex stipulati* au temps de Justinien), d'obtenir à la fois le remboursement du capital et le paiement d'intérêts au taux légal (environ 12 p. 100 à l'époque classique et 6 p. 100 sous Justinien). Mais cette hypothèse est peu probable, car, d'une part, notre ancien droit, sous l'influence de l'Eglise, voyait avec peine les stipulations d'intérêts et n'était donc guère disposé à en établir de légaux; et, d'autre part, le taux de l'intérêt ne pouvait plus être le même qu'à Rome, les conditions économiques ayant totalement changé depuis l'Empire.

Ici la femme n'avait plus à former de demande contre les héritiers du mari : elle entraînait d'elle-même en possession de sa dot, comme l'indique l'article 148 de la Coutume : « Biens dotaux retournent à la femme ou à ses héritiers, le mariage dissolu; et en est ladite femme, quant aux immeubles, saisie, ou ses héritiers, sans autre apprehension de faict ». En somme, le droit de propriété, morcellé pendant le mariage, se reconstituait de lui-même sur la tête de la femme puisque c'était en la femme qu'il avait sa source; et c'était vraiment la mort du mari, et non la délivrance opérée par ses héritiers, qui saisissait la veuve de sa dot. Chabrol (1) a exprimé cette idée sous une forme un peu différente : « Aussitôt après la dissolution du mariage, la femme, dont le mari est prédécédé, ou les héritiers de la femme, si elle est morte la première, rentrent, de plein droit, en la possession des biens immeubles qui composoient la dot; ils continuent la possession du mari, ou, pour mieux dire, c'est la même possession, puisqu'il ne jouissoit que pour sa femme, *nomine uxorio*. »

C'était d'ailleurs, à peu de chose près, suivant les règles de l'usufruit ordinaire, que s'opéraient le partage des récoltes et la répartition des fruits civils entre la veuve et les héritiers du mari. Ainsi les loyers des maisons, les fermages des biens ruraux s'acquerraient jour par jour, et la femme n'y avait droit qu'à partir du moment précis où l'usufruit

(1) Chabrol, tome 2, page 269.

marital s'était éteint. Les récoltes, il est vrai, et en général les fruits naturels, suivant le droit romain, s'acquéraient par la perception ; il aurait donc fallu en conclure que tous les fruits que le mari avait omis de recueillir, appartenaient de droit à la veuve. Il n'en était pourtant rien, et sur ce point seul, parce qu'il s'agissait de l'intérêt et de la conservation des familles, il y avait exception à la règle. Les fruits naturels étaient assimilés aux fruits civils ; c'est-à-dire que le mari ayant eu jusqu'à sa mort la charge du ménage, les héritiers du mari avaient le droit de retenir exactement jusqu'à cette époque la part de fruits que le mari n'avait pas eu le temps de percevoir. Notre ancien droit appliquait ici la maxime : nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, ou si l'on préfère : un lignage ne doit point en enrichir un autre : « Cette décision, dit Chabrol (1), part du principe que les fruits appartiennent au mari pour soutenir et acquitter les charges du mariage ; ainsi, ils doivent lui être assurés pour autant d'années, de mois et de jours, qu'il a supporté ces charges ».

Telle était la manière dont les choses se passaient normalement, lorsque les héritiers du mari restituaient immédiatement à la femme sa dot en argent ; lorsque celle-ci retrouvait elle-même dans le patrimoine du *de cujus* les effets mobiliers qu'elle y avait apportés ; lorsqu'enfin elle reprenait l'immeuble dotal resté en parfait état de conservation sous une administration vigilante.

(1) Chabrol, tome 2, page 270.

Mais il faut maintenant se placer dans des hypothèses plus complexes, supposer par exemple que la dot mobilière de la femme a complètement disparu; que les créanciers de la succession dans leur hâte en ont confondu une partie dans la saisie des biens du *de cujus*; ou bien admettre encore que la dot immobilière a été anéantie par cas fortuit, qu'elle a été vendue avec ou sans emploi, enfin qu'un tiers la détient parce qu'il croit l'avoir prescrite ou qu'il a l'espérance de l'usucaper (1) un jour. Envisager ces différents cas c'est étudier par là même les garanties accordées à la femme par la Coutume, les sanctions légales d'un régime que nous avons vu, dans sa naissance et son développement, si énergiquement protégé dans l'intérêt supérieur de la famille et de la société.

La dot mobilière de la femme a-t-elle été dissipée par le mari; les héritiers du *de cujus* font-ils des difficultés pour opérer la restitution? La femme a entre ses mains une arme redoutable avec l'hypothèque générale : elle poursuivra, si bon lui semble, pour tout le montant de la dot, le co-héritier, propriétaire d'un immeuble de la succession; elle obtiendra, par son action personnelle, de chaque co-héritier qui n'aurait dans son lot que des effets mobiliers, le paiement d'une somme équivalente à la part recueillie.

(1) Ces deux dernières hypothèses, dans lesquelles la dot est sortie du patrimoine marital pour grossir celui d'un tiers, seront, en raison des droits spéciaux que la femme possède en pareille occurrence, plus utilement étudiées dans le chapitre suivant.

Les créanciers du mari ont-ils saisi des meubles dotaux ? La femme les reprendra entre leurs mains, et la règle : « Meubles n'ont point de suite quant au « droict d'hypothèque », ne s'appliquera point ici, puisque ce ne sera pas comme créancière, mais bien comme propriétaire, que la veuve agira dans cette hypothèse : « La femme qui retrouve ses effets en « nature a droit de les reprendre et de les reven- « diquer contre les créanciers de son mari, et mal- « gré des saisies antérieures tant que les choses sont « entières : c'est encore le même principe; elle est « propriétaire et non pas simplement créancière. « Les meubles n'ont pas de suite pour les créanciers, « mais ils peuvent être saisis et réclamés par les « propriétaires » (1).

La dot a-t-elle été anéantie par cas fortuit ? Une inondation a-t-elle détruit l'immeuble dotal, les ennemis ont-ils pillé les effets mobiliers ? Si, dans le contrat de mariage, il a été fait une estimation des meubles, dressé un état des immeubles avec la clause que le mari répondra des cas de force majeure, sans aucun doute le mari est selon l'expression actuelle l'assureur de sa femme, et ses héritiers

(1) Chabrol, tome 3, page 378. Cette théorie développée par Chabrol et accréditée en Auvergne de très bonne heure, n'est probablement qu'un emprunt fait à la célèbre Constitution de Justinien de 529, dans laquelle l'Empereur permet confusément à la femme qui trouve dans le patrimoine marital des biens dotaux existant encore en nature, le droit ou bien de se porter créancière et de s'en assurer la restitution au moyen d'une hypothèque primant tous les créanciers du mari, ou bien de se présenter comme propriétaire et de reprendre les biens existants par la *rei vindicatio*. L. 30 C. de jur. dot.

doivent à la veuve le paiement de la valeur de la dot. Mais si le contrat ne contient aucune stipulation de ce genre, la veuve, si l'on suit la théorie romaine des obligations qui décharge le débiteur de toute responsabilité, quand l'exécution de l'obligation est rendue impossible par cas de force majeure, reste désarmée en face des héritiers du mari quand elle n'a pas suffisamment établi que ce dernier, pour conjurer la perte de la dot, n'a pas pris toutes les précautions d'un bon administrateur (1).

Lorsque la femme, et c'est le cas le plus fréquent, se trouve en concours avec d'autres créanciers du mari, comment fonctionne son hypothèque ? Bien que cette hypothèque accordée à la femme par la Coutume soit empruntée à la législation Justinienne et que le régime dotal auvergnat soit organisé et protégé à la romaine, nous trouvons sur ce point plusieurs différences sensibles entre la Coutume et le droit impérial.

Ainsi, à Rome, dès l'époque classique, on a donné à la femme un *privilegium exigendi* lui permettant, pour la restitution de sa dot, de se faire payer sur les biens du mari par préférence aux autres créanciers chirographaires. Justinien lui a ensuite accordé une hypothèque primant tous les créanciers du mari dont les titres étaient postérieurs à la célébration du mariage ; enfin, dans la loi Assiduis (2), il lui a donné un privilège lui assurant la préférence

(1) Ulpien. L. 23. D. de reg. jur., L., 17.

(2) C. qui pot. VIII, 18.

sur les créanciers du mari même antérieurs au mariage.

Dans notre Coutume, l'hypothèque générale tacite a subsisté, nous avons vu, avec ses caractères essentiels. Mais, d'une part, la femme a perdu le droit de primer les créanciers chirographaires sur le mobilier du mari, et, d'autre part, elle n'a probablement plus le privilège de la loi Assiduus.

L'article 419 de la Coutume a remplacé le premier principe par la règle que les meubles du mari sont à la disposition du premier saisissant : « Pré-
« vention a lieu entre les créanciers en exécution de
« meubles, en manière que le premier créancier qui
« est saisi par volonté du débiteur, ou qui fait
« saisir par voie de justice, sera préféré à tous
« autres créanciers : jaoit qu'ils fussent privilé-
« giez ou précédans en hypothèque audict créan-
« cier qu'il s'est premièrement saisi. »

La pratique a détruit le second principe, en substituant à l'hypothèque légale créée par Justinien l'hypothèque générale tacite de l'acte notarié (1) :
« Les gens qui se marient font ordinairement un
« contrat de mariage; or, ce contrat avait, par lui-
« même, la force de donner hypothèque à la femme
« dès le jour où il était fait, c'est-à-dire avant le

(1) « Et encore en France on a bien passé plus outre : car, pour ce qu'en tous les contracts par un style ordinaire des notaires on s'est accoustumé d'insérer la clause d'obligation de tous les biens; on a enfin tenu pour règle que tous contracts portoient hypothèque sur tous les biens, comme cette clause estant soules entendüe, si elle avait été obmise ». (Loyseau. Traité du Déguerpissement, liv. III, chap. I, N° 15.

« mariage et à une époque antérieure à celle que
« Justinien avait assignée à l'hypothèque privilé-
« giée créée par lui. Et cela était l'application du
« droit commun. Il était dès lors tout simple de
« considérer comme une hypothèque ordinaire celle
« qui prenait rang à dater du mariage, quand il
« n'avait point été fait de contrat » (1).

Faut-il en conclure que la femme dotale auvergnate a été moins énergiquement protégée que la femme romaine ? Loin de là, car ce qu'elle a perdu d'un côté, elle l'a très largement regagné de l'autre : ce n'est plus, en effet, du jour du mariage que les biens du mari sont frappés de l'hypothèque de la femme ; c'est du jour du contrat, et si l'on considère qu'entre ces deux époques, parfois éloignées, le mari pouvait librement disposer de ses biens et que ceux-ci échappaient entièrement à la femme, sous le régime romain, on voit par là même quel supplément énorme de garantie lui a offert le régime coutumier. L'hypothèque de la femme, dans notre ancien droit, a un rang unique, celui de la rédaction du contrat de mariage, ou celui de la célébration du mariage au cas très rare où il n'a pas été fait de contrat et où le droit romain trouve ainsi son application. Il n'y a donc en Auvergne, en cas de concours de la femme avec les créanciers du mari, aucune des difficultés que notre jurisprudence moderne a rencontrées dans l'application de l'article 2135 du Code civil. La femme leur est toujours préférée sur tous les biens composant le patri-

(1) Planiol, op. cit., tome 2, page 827, note 1.

moine marital depuis la rédaction du contrat. Dans deux hypothèses seulement, l'hypothèque de la femme ne prend rang qu'à une date postérieure; et cela parce qu'elle ne garantit plus la restitution de la dot et l'acquittement des gains matrimoniaux. Nous avons remarqué que le supplément de dot obtenu par la femme au cours du mariage n'est pas dotal; que par suite il n'est soumis à l'administration et à la jouissance maritale qu'autant que la femme le souffre ou le permet. Il serait injuste de donner un effet rétroactif à la sûreté établie au profit d'un bien qui n'entre dans le patrimoine du mari qu'après le mariage; ce serait arbitrairement concéder à la femme un privilège que ni le droit romain ni les principes coutumiers n'ont entendu créer. Ce que nous disons du supplément de dot, il faut le répéter pour les biens aventifs et paraphernaux qui composent le patrimoine propre de la femme : pour en recouvrer la valeur à la dissolution du mariage, lorsqu'elle en a donné l'usufruit au mari comme le permet la Coutume, la femme n'a hypothèque sur les biens de son conjoint que du jour où celui-ci est entré en jouissance. Et s'il existe en Auvergne en faveur de l'épouse qui a laissé son mari jouir conjointement avec elle des paraphernaux et aventifs, une présomption légale que le mari a reçu le tout et qu'il est tenu de toute la valeur des propres de la femme sur ses biens personnels, du moins est-il parfaitement admis que l'hypothèque ne prend rang qu'au moment où le mari a reçu les paraphernaux. Sans cela, il serait trop facile à des époux peu scrupuleux de s'entendre pour dépouiller les créanciers du mari; et la femme, faisant, au profit de ce der-

nier, abandon de ses droits d'administration et de jouissance sur ses propres, primerait, par son hypothèque remontant au jour du contrat, celle des tiers qui ont avancé des capitaux au mari en toute confiance, croyant en effet connaître alors parfaitement sa situation, et ne prévoyant pas que l'hypothèque de la femme garantirait un jour, outre la restitution de sa dot, celle de ses adventifs et paraphernaux. Aussi Chabrol, résumant toute la doctrine et la jurisprudence de l'ancien droit sur cette question, dit nettement : « Les biens du mari ne sont hypothéqués, suivant les loix, à la restitution des biens paraphernaux ou adventifs de la femme que du jour qu'il les reçoit » (1).

Ainsi, ces deux exceptions qui ne se rapportent en rien au système de protection et de restitution de la dot, une fois signalées et mises à part, il faut convenir que la femme frappée d'incapacité dans les conditions normales du mariage, impuissante, *durante matrimonio*, à contrôler et à limiter l'administration maritale, est cependant très sérieusement protégée par son hypothèque. Les biens du mari répondent de toutes les fautes de celui-ci; quand la dot a disparu, ce sont eux qui sont exécutés pour en payer la valeur, et c'est toujours à la femme qu'ils sont sacrifiés puisqu'elle a toujours le premier rang parmi les créanciers.

Mais si, après avoir envisagé les cas de restitution d'une dot mobilière, d'exercice de l'action de la femme en paiement de la valeur d'une dot immo-

(1) Chabrol, tome 2, page 265.

bilière totalement anéantie par la faute du mari, nous continuons l'étude des autres hypothèses signalées plus haut, dans lesquelles la restitution de l'immeuble dotal est entravée parce que cet immeuble est entre les mains d'un tiers, nous constatons que la Coutume a su encore ici très efficacement assurer le retour de la dot au lignage qui y a droit et fortifier ainsi une fois de plus le maintien du principe de la conservation des biens dans les familles.

CHAPITRE II

Option de la femme en cas de remploi

- I. Action en désistement.
- II. Prescription du fonds dotal.

I

Bien que la Coutume dans l'article 141 prohibe énergiquement l'aliénation de la dot immobilière pendant le mariage, il peut arriver cependant que, par suite d'une permission expresse insérée au contrat, le mari et la femme vendent valablement l'immeuble dotal, et qu'ainsi la femme n'ait, à la dissolution du mariage, aucun moyen de le recouvrer (1). Le contrat, en effet, peut prévoir soit une conversion pure et simple de la dot immobilière en dot

(1) La veuve, au dire de Chabrol, tome 2, page 219, est dans cette situation lorsqu'elle a ratifié purement et simplement l'aliénation faite pendant le mariage : « La nullité de la vente « du fonds dotal est respective à la femme et à la puissance « maritale; si donc elle ratifie après que les liens du mariage « sont dissous, et lorsqu'elle est libre, la vente qu'elle a faite « en puissance de mari, ou celle de son mari, sa ratification « aura tout son effet, parce que le motif qui rendoit la vente « nulle ne subsiste plus après la ratification.... » Cette décision qui s'explique tout naturellement dans notre droit moderne (articles 1304-1338) par l'idée que l'inaliénabilité ne protège la femme que contre le mari, et que, par conséquent, il suffit que celle-ci soit armée d'une simple action en annulation prescriptible par dix ans est incompréhensible dans

mobilière (1), soit une aliénation avec autorisation pour le mari d'en placer le prix sur le plus clair de ses biens. Dans le premier cas, la femme est armée, pour la restitution de sa dot en argent, de l'hypothèque générale dont nous avons signalé les effets. Dans le deuxième cas, la veuve n'a pas également d'autre garantie que son hypothèque, puisque l'opération réalisée par le mari n'est pas considérée par la Coutume comme un emploi : « Il a été jugé... » que cette clause n'ajoutoit rien à l'hypothèque « que le mari contracte pour la restitution de la » dot de sa femme » (2).

Mais si le emploi de la dot a été fait pendant le mariage, d'après l'autorisation légale de l'article 142, ou la permission qu'en a donnée le contrat; si même le fonds dotal a été vendu purement et simplement par le mari, c'est-à-dire sans être remployé, au mépris du principe de l'inaliénabilité de la dot immobilière, les droits de la femme changent alors et ses garanties sont considérablement augmentées. En cas d'aliénation du fonds dotal sans emploi, nos anciens auteurs ont été longs à fixer les droits de la femme. Pendant longtemps, celle-ci a été ma-

notre ancien droit qui voyait essentiellement dans la règle d'inaliénabilité un maintien du principe de la conservation des biens dans les familles. La femme n'aurait eu alors, pour tourner la prohibition légale, qu'à pousser son mari à vendre en s'engageant elle-même à ratifier l'aliénation en viduité ou à la faire accepter d'ores et déjà par ses héritiers.

(1) Il faut remarquer à ce sujet qu'une femme mineure qui se marie elle-même et se constitue une dot, ne peut pas autoriser la vente du fonds dotal sans emploi. Seul le père qui marie sa fille mineure, peut valablement donner cette permission.

(2) Chabrol, tome 2, page 197.

ladroitement assimilée au mineur qui n'a qu'une simple action en annulation contre l'acquéreur de ses biens, lorsque les formalités coutumières n'ont pas été remplies. On a dit que la veuve devait obtenir des lettres de restitution et poursuivre l'acquéreur dans les dix ans, sous peine de voir tout recours éteint contre lui. L'ordonnance de 1539 qui a énoncé les droits du mineur en cas d'aliénation de son patrimoine, et qui lui a donné pour agir une action prescriptible par dix ans, sans faire, remarquons-le bien, aucune allusion à la veuve poursuivant contre un tiers la restitution de sa dot, a fortement contribué à augmenter dans l'esprit de nos jurisconsultes cette funeste confusion de deux hypothèses pourtant très différentes. On est même allé plus loin, et du temps de Basmaison, c'est-à-dire à l'aurore du xvii^e siècle, on a décidé que l'action de la femme se prescrivait pendant le mariage et que le délai fatal courait du jour de l'aliénation, sous ce prétexte qu'on ne pouvait, pendant les quarante ou cinquante ans que durerait peut-être le mariage, laisser le tiers acquéreur sous le coup d'une action en nullité. Un demi-siècle plus tard, il est vrai, sur ce point spécial, la question faisait un progrès, et pour déterminer la date à laquelle la prescription commençait à courir, on distinguait suivant que le mari était ou n'était pas garant de la vente. Distinction fautive d'ailleurs, puisque le mari est toujours garant de l'aliénation du fonds dotal, mais qui indiquait déjà l'éveil d'un doute dans les esprits. Enfin, à la fin du xviii^e siècle, la question était tranchée dans son ensemble. Conformément aux traditions archi-séculaires qui avaient

fait considérer le principe d'inaliénabilité de la dot non pas seulement comme un mode de protection pour la femme, mais surtout comme un soutien de la règle de la conservation des biens dans les familles, on n'accordait plus à la veuve une simple action en annulation, puisque ce genre d'action est exclusivement établi dans l'intérêt d'une personne, mais bien une action en nullité absolue, sanction la seule vraie et la seule énergique de l'article 141 de la Coutume : «... Et sont telles dispositions et aliénations nulles et de nul effect et valeur ». Comme conséquence de la règle qui domine tout le régime dotal : « *Vir habet usum fructum et uxor proprietatem* », on a décidé que le mari était, puisque obligé de renoncer à son usufruit, garant dans tous les cas d'aliénation de la dot. On n'a donc point permis à la femme, incapable d'intenter une action réelle sans autorisation maritale, de revendiquer pendant le mariage son immeuble dotal contre l'acquéreur. En revanche, on n'a fait courir la prescription contre la femme que du jour où elle a été en mesure d'agir, c'est-à-dire à la dissolution du mariage, et en sa faveur le principe de la conservation des biens dans les familles et du retour de la dot au lignage l'a emporté sur la règle qu'on ne doit pas laisser trop longtemps un acquéreur dans l'incertitude (1).

(1) La Coutume de Normandie a donc été plus avisée que la nôtre en donnant à la veuve des droits bien précis en cas de mariage encombré, c'est-à-dire lorsque sa dot était entre les mains d'un tiers. Ainsi ont été évitées des controverses inouïes sur la nature de l'action de la femme et sur sa durée, qu'une simple observation des rédacteurs de la Cou-

Quelle est maintenant la situation de l'acquéreur qui a été obligé de restituer à la femme l'immeuble dotal ? D'abord, il faut remarquer que le tiers qui, ayant de bonne foi acheté au conjoint un immeuble qu'il croyait être soit un propre du mari, sur lequel la femme aurait renoncé à son hypothèque légale, soit un paraphernal dont la femme avait légalement la libre disposition, a le droit, dès qu'il s'aperçoit de son erreur, de devancer les poursuites de la femme, de lui restituer pendant le mariage le bien induement aliéné, et d'exercer contre le mari, contre la femme même, si elle a été complice de la fraude, et si elle possède des paraphernaux, une action en répétition de son prix et en dommages-intérêts.

tume d'Auvergne eut également empêchées. L'article 87 de la Coutume de Normandie nous apprend deux choses nécessaires et suffisantes : 1° L'action de la femme ne prend naissance qu'à la dissolution du mariage ; 2° La femme a, pendant un an et un jour, une action possessoire contre le tiers détenteur, et passé ce délai, elle agit ensuite par voie de revendication : « Bref de mariage encombré équipolle à une réinté-
« grande, pour remettre la femme en possession de leurs biens
« moins que deuëment aliénez durant leur mariage, ainsi
« qu'elles avoient lors de l'aliénation : et doit estre intenté
« par elles ou leurs héritiers dañs l'an de la dissolution de
« leur mariage, sauf à eux à se pourvoir après l'an et jour
« par voye propriétaire. »

On peut rapprocher ce délai d'an et jour donné par cet article à la femme pour intenter son action possessoire de celui accordé par notre Coutume à la veuve pour opter entre son ancien fonds dotal et son emploi, quoique chez nous ce délai soit une faveur tandis qu'en Normandie il est plutôt une déchéance, si l'on veut bien admettre que la vente pure et simple du fonds dotal étant nulle, la femme en est restée propriétaire, et que la possession seule lui manquant, l'action possessoire pour le recouvrer devrait lui être conservée aussi longtemps qu'on lui accorde la revendication.

Lorsque l'acquéreur, soit parce que dans la suite il a continué à être de bonne foi, soit parce que, étant de mauvaise foi, il a fait le chimérique calcul de prescrire l'immeuble dotal, a attendu d'être poursuivi et dépouillé par la femme, il a incontestablement le droit de répéter contre les héritiers du mari le prix de vente indûment versé. De plus, s'il est de bonne foi, il peut non seulement réclamer des dommages-intérêts, mais encore retenir les jouissances jusqu'à la date à laquelle le mariage s'est dissout. Assurément aussi, la femme doit lui tenir compte des dépenses nécessaires qu'il a faites pour la conservation de la dot.

Lorsque, sur l'autorisation générale de l'article 142 et la permission plus explicite du contrat de mariage, l'immeuble dotal a été aliéné pendant le mariage et que le prix de la vente a été consacré à l'achat d'un nouveau fonds, la femme a le choix de s'en tenir à ce dernier ou de revendiquer entre les mains de l'acquéreur son premier immeuble. Les mêmes motifs qui ont guidé la Coutume dans l'organisation du retrait lignager, ont poussé les rédacteurs à accorder à la veuve une option de cette nature ; et l'on peut appliquer assez exactement à cette institution d'origine purement féodale ce qu'un historien du droit dit du retrait : « La vente
« apparaissait alors comme un des actes les plus
« fâcheux, menaçant surtout de léser les lignagers
« dans leurs intérêts comme dans leurs sentiments.
« Vendre la terre familiale, c'est un acte contre
« lequel semble avoir toujours protesté le sentiment
« naturel de l'homme... Dans une société aristocra-
« tique, cette vente était d'autant plus grave qu'elle

« transmettait avec les terres les titres dont les familles s'honoraient » (1).

Il est vrai que la Coutume n'accorde un droit aussi exorbitant à la femme que durant un délai fort court. On en comprend le motif : il ne faut pas qu'un acquéreur qui a veillé à l'exécution du emploi, et qui, grâce au prix qu'il a payé, a permis aux époux de reconstituer exactement le patrimoine dotal, puisse sur son propre patrimoine être trop longtemps inquiété; en un mot sa situation, non plus que celle de ses créanciers, ne doit pas rester indécise dans une affaire où il n'y a guère qu'une question de sentiment (2). La veuve n'a donc qu'un an et un jour pour faire son choix; et si, à l'expiration de ce délai, elle n'a pas pris parti, elle est censée avoir opté pour l'immeuble actuel et l'acquéreur ne peut plus être inquiété. Lorsqu'au contraire elle se décide à reprendre son ancien fonds, elle ne doit à l'acquéreur que le remboursement des impenses nécessaires qu'il a faites sur l'immeuble, et elle n'a pas le droit d'exiger de lui la moindre restitution de jouissance. Mais comment celui-ci va-t-il recouvrer le prix du fonds que reprend ainsi la femme? Sur ce point la Coutume est muette, mais il est facile de suppléer à son silence. Les deux intéressés peuvent procéder à un échange. La femme qui a trouvé dans la succession du mari un immeuble qui ne lui convient pas, le donne à l'acqué-

(1) Lefèvre à son cours 1904-1905.

(2) *Ita quod ejus conditio non fuerit facta deterior*. Masuer de dot et matr. N° 5.

reur et reçoit de lui son ancien fonds dotal. S'il y a entre les deux immeubles une différence de valeur, la partie avantagée dans l'échange paie à l'autre une soulte. La femme qui reçoit la soulte en doit naturellement récompense aux héritiers du mari, puisqu'en pareil cas on peut présumer que le mari, en opérant le remploi, a fait une avance d'argent à sa femme. La femme, au contraire, qui paie la soulte, se retourne, grâce à son hypothèque, contre les héritiers du mari, parce qu'ici on présume que le mari n'a pas dépensé pour remployer tout le prix de la vente de l'ancien fonds dotal. Lorsque la femme et l'acquéreur ne s'entendent pas pour réaliser un échange, la femme reprend son bien tout en subrogeant l'acquéreur évincé dans son hypothèque générale contre la succession du mari. La situation est donc la même que si ce tiers avait vendu directement aux héritiers l'immeuble délaissé par la femme et s'il était envers eux créancier du prix; puisque l'option de la veuve a eu le double résultat d'enlever rétro-activement son caractère de dotalité à l'immeuble acquis en remploi et de donner à l'acquéreur du véritable fonds dotal le premier rang parmi les créanciers hypothécaires.

Tels sont, sous les noms d'action en désistement et de revendication, les droits, qu'en dehors de l'hypothèque générale, la Coutume accorde à la femme pour le recouvrement de sa dot.

II

Nous avons pu constater que si cette femme n'agit pas dans un certain délai, elle perd suivant les cas ou le bénéfice d'option ou même la faculté de revendiquer. Il y a donc une prescription extinctive qui court contre elle (1). Dans toutes ces hypothèses, si la femme perd sa dot, c'est uniquement de sa faute : elle a gardé le silence pendant trente ans ; elle a négligé ses propres intérêts ; le tiers détenteur de l'immeuble dotal ne doit point souffrir indéfiniment de cette incurie : la loi ne protège pas les négligents. Mais que dire de l'usucapion, c'est-à-dire de la prescription acquisitive de la dot ? Un tiers peut-il, parce qu'il a détenu le fonds dotal pendant un certain temps, l'acquérir sur la femme qui a été empêchée d'exercer ses droits contre lui. Cette question, au premier abord, paraît oiseuse ; car, se dit-on, si la Coutume a défendu en termes impérieux l'aliénation de la dot immobilière, elle a implicitement prohibé l'usucapion au profit d'un tiers. Sans cela, elle aurait laissé aux conjoints une

(1) Au sujet de la prescription extinctive, il faut dire qu'elle court pendant le mariage au profit du constituant contre le mari et la femme qui ne réclament pas dans les trente ans le paiement de la dot. Toutefois la prescription n'atteint la femme que si son mari est solvable ; si donc, à la dissolution du mariage, la femme établit d'une part que la dot n'a pas été payée et d'autre part que son mari est mort insolvable, elle a certainement un recours contre le constituant.

voie ouverte à la fraude, en leur donnant le moyen de se dépouiller avec le temps d'une propriété qu'ils ne pouvaient vendre instantanément. De plus le principe de la conservation du *fundum dotale* aurait été trop illogiquement entamé : car, pourquoi défendre à des époux d'aliéner judicieusement la dot immobilière sous l'autorisation et le contrôle de leur lignage, et permettre au contraire à un tiers d'enlever brutalement à la femme cette même dot ?

Malgré ces motifs qui devaient militer dans un pays comme le nôtre aussi étroitement soumis aux rigueurs du régime dotal, pour la proscription absolue de l'usucapion, les rédacteurs ont posé dans l'article 221 un principe qui aurait certainement abouti aux désastreuses conséquences que nous avons signalées, si la doctrine et la jurisprudence ne l'avaient sagement interprété dans le sens général de la Coutume, et n'avaient réduit une proposition en apparence très importante à de forts modestes proportions.

« Les biens dotaux se peuvent prescrire par le dict laps et espace de trente ans, étiam constant et pendant le mariage ; si n'est que le mari ou ses héritiers ne fussent solvables pour respondre de la négligence faicte à la poursuite desdicts biens ». L'interprétation judicieuse de cet article a amené les commentateurs à une distinction entre la dot immobilière et la dot mobilière. En principe, on n'a pas permis l'usucapion du fonds dotal pendant le mariage, et cela pour respecter les dispositions des articles 141 et 142 qui posent, l'un, le principe de l'inaliénabilité de la dot immobilière sans aucune restriction, et l'autre, la règle que la

femme a un délai d'an et jour pour agir en désistement dans le cas d'une aliénation dûment consommée, et trente ans pour poursuivre la restitution d'un immeuble indûment vendu.

En revanche, on a permis aux tiers d'usucaper, pendant le mariage, même sur la femme, les effets mobiliers qui composaient sa dot, à condition toutefois que le mari fût solvable : dans ce cas, en effet, la femme était sûre de rentrer en possession de sa dot, car le mari était aussi tenu de rendre les effets mobiliers qu'il avait laissé prescrire que ceux qu'il avait dépensés pour les besoins du ménage ou son propre agrément. Mais si le mari était mort insolvable, l'usucapion était rétro-activement anéantie et elle ne commençait à courir qu'à la dissolution du mariage. Enfin, mais beaucoup plus difficilement, on a admis l'idée que lorsqu'il y avait eu constitution de dot générale, l'usucapion d'un immeuble faisant partie de la masse, courait valablement pendant le mariage, à condition qu'elle eût commencé avant, toujours sous cette réserve que le mari fut solvable : car ne pouvait-on pas ici assimiler les conséquences de la négligence du mari à poursuivre les biens dotaux à celles de l'aliénation du fonds dotal par ce même mari qui en plaçait le prix sur le plus clair de ses biens ? En cas d'insolvabilité, au contraire, la femme avait trente ans pour agir contre le tiers détenteur. C'est sur un passage de Masuer (1) que l'on a fondé une décision d'autant plus surprenante que ni cet auteur ni ceux qui ont

(1) Masuer, de præser., XXII. N° 5.

adopté sa théorie (1) n'en ont fourni la justification : « *Item, et res dotalis præscribitur 30 annis,*
« *et potissime si maritus est solvendo, qui tenetur*
« *uxori ad interesse... Et pro utiliori declaratione*
« *interdum dos consistit in pecunia numerata, tum*
« *sine dubio procedit præscriptio, dum tamen ma-*
« *ritus sit solvendo... in rebus vero immobilibus,*
« *in quibus cadit affectio est majus dubium. Et si*
« *præscriptio fuerit inchoata ante matrimonium,*
« *currit præscriptio, et impletur durante matrimo-*
« *nio, et hoc si maritus sit solvendo... »*

Le triomphe de cette théorie, si on en croit Chabrol (2), n'a pas duré jusqu'à la fin de notre ancien droit, et ce commentateur, tout en adoptant l'idée que le fonds dotal ne peut être usucapé pendant le mariage, rapporte un arrêt de la sénéchaussée d'Auvergne du 26 août 1773 dans lequel « on jugea que
« l'immeuble dotal ne pouvait être prescrit en
« aucun cas pendant le mariage, soit que le mari
« fut solvable ou qu'il ne le fut pas ».

Ainsi, par un retour aux traditions les plus saines de protection de la dot immobilière, on sacrifiait définitivement un article qui était dans notre Coutume une véritable anomalie. Malheureusement, cette interprétation n'a pas prévalu dans le Code civil qui, sans faire les longues distinctions des cas de solvabilité et d'insolvabilité du mari, dans les-

(1) Notamment Rigaltius, de præser., page 259, et Prohet.
La jurisprudence du parlement de Toulouse adoptait le même principe.

(2) Chabrol, tome 2, page 748.

quelles s'étaient épuisés nos anciens commentateurs, s'est cependant rallié à la doctrine enseignée par Masuer, en déclarant prescriptibles les immeubles dotaux dont la prescription a commencé avant le mariage.

CHAPITRE III

Courte théorie des récompenses

La théorie des récompenses, assez tardivement et très incomplètement ébauchée par notre ancien droit, a eu son origine dans une réaction contre les Coutumes germaniques qui admettaient largement le principe des libéralités entre époux. Elle s'est développée dans les pays coutumiers où le régime de la communauté était en vigueur, et où, originai-
rement, le prix de la vente d'un propre des époux tombait dans la masse commune et profitait à elle seule.

Elle est dûe à l'influence du droit romain qui proscrivait les *donationes inter virum et uxorem*; mais elle est surtout la conséquence du principe féodal de la conservation des biens dans les familles.

Quoiqu'elle ait eu sa plus large part d'application dans le régime de la communauté coutumière d'essence germanique, elle a eu sa répercussion sur le régime dotal. Donc, après avoir vu comment la femme rentrait en possession de sa dot, il est bon d'étudier maintenant sur quelles bases s'opérait le règlement des comptes entre la veuve et les héritiers du mari. Dans le régime dotal, nous avons constaté qu'il peut y avoir trois patrimoines bien distincts : les propres du mari, les biens dotaux

proprement dits, les paraphernaux de la femme. Logiquement, ce qui est sorti d'une de ces masses de biens pour entrer dans une autre doit faire l'objet d'une récompense de la part du propriétaire de cette dernière. Il faut remarquer toutefois que les relations entre la dot et les paraphernaux sont excessivement rares, et n'entraînent, en tous cas, à la dissolution du mariage, aucune récompense, puisque ces deux sortes de biens n'ont alors qu'un seul maître, la femme, qui ne saurait se récompenser elle-même.

La Coutume d'Auvergne n'a point rassemblé dans un article unique les cas de récompenses entre époux. Sans doute, à plusieurs reprises, elle prononce ce mot, mais souvent elle l'entend dans le sens de remploi et suppose ce remploi effectué immédiatement. Ainsi s'exprime l'article 142, relatif à l'action en désistement de la femme : « Mais quand
« ladicte femme est dument récompensée en fonds
« ou chevances certains... »

Il est donc nécessaire de grouper les cas de récompenses entre époux, que l'on trouve éparpillés dans le titre des donations, dots et mariages. Nous écarterons tout d'abord l'hypothèse prévue par le droit romain, et connue sous le nom de présomption Mucienne (1) ; nous ne sommes pas assez sûrs qu'elle ait été pratiquée chez nous, pour en faire arbitrairement un cas de récompense au profit du mari. En revanche, il faut signaler l'hypothèse où la femme,

(1) Digest. Liv. XXIV. T. 1, fr. 51.

pour fournir des aliments à ses enfants et à son mari ou pour tirer celui-ci de prison, a aliéné tout ou partie de ses biens dotaux. Bien que la femme soit tenue strictement de fournir assistance et secours à son conjoint, elle peut, à la dissolution du mariage, se faire récompenser par les héritiers du mari de la valeur des immeubles dotaux qui ont été vendus, ou des sommes qu'elle a prélevées sur ses paraphernaux (1). De leur côté, les héritiers du mari ont le droit de répéter les sommes que le mari a déboursées pour libérer sa femme marchande publique, lorsque celle-ci faisait le commerce sur ses paraphernaux et en percevait les bénéfices pour son propre compte. Le mari, en effet, dans cette hypothèse n'était pas obligé de payer les dettes de sa femme et de lui éviter la contrainte par corps; il était tiers au regard des créanciers de sa femme, et la maxime : « Le mari est obligé par le tablier de sa femme », ne s'appliquait point ici. Si donc le mari a bénévolement fait des avances d'argent à sa femme pour la tirer d'embarras, il est juste qu'on lui en tienne compte. Et ce que nous disons du cas de la femme faisant un commerce séparé, devrait également s'appliquer à l'hypothèse où la femme, coupable d'un délit ou d'un crime, a été condamnée à une amende et que le mari a payé à sa place cette amende et les dépens du procès. Il n'y aurait

(1) Si la femme a aliéné un quart de sa dot pour en constituer une à sa fille dans le cas où le père était dans l'impossibilité de la fournir lui-même, il semblerait qu'elle a droit à une récompense sur la succession de son mari ; car c'est au père qu'incombe en premier lieu le devoir d'établir ses enfants.

pourtant pas lieu à récompense au moins pour les dépens, si le mari avait commis l'imprudence d'autoriser sa femme à ester en justice en cette occasion : « Si la femme est accusée criminellement, « comme le délit est personnel, et que le mari ne « peut en être responsable en aucun sens, la femme « peut procéder seule valablement, et on ne peut « procéder que contre elle... mais si le mari l'autorisait, il demeurerait responsable des dépens, « ainsi que dans le civil » (1).

Au temps de Masuer, on décidait que le mari qui avait eu, du consentement exprès ou tacite de la femme, l'usufruit des adventifs et paraphernaux, lui devait récompense de tout le montant de ses jouissances : *Item vir debet restituere hæredibus « uxoris fructus, quos percepit ex rebus paraphernalibus, adventitis, saltem naturalibus »* (2). Nous avons déjà vu que la Coutume a supprimé cette cause de restitution, en décidant que : « Le « mari, constant le mariage, quand il jouyct avec « sa femme des biens paraphernaux et adventiz de « sadicte femme, faict les fruicts siens... » (3).

Pour ce qui serait du cas où le mari aurait aliéné quelqu'un de ces biens, nous n'avons rien à en dire ici, car la femme est protégée contre les abus de jouissance du mari par une hypothèque qui prend rang du jour où celui-ci a reçu les paraphernaux. Il est bien entendu, d'autre part, que si le mari, en

(1) Chabrol, tome 2, page 177.

(2) Masuer, de usufr., n° 10, in fine.

(3) Article 180, Cout. Auv.

dehors des dépenses d'entretien auxquelles la Coutume l'oblige en compensation de son usufruit, avait effectué, avec ses deniers personnels et du consentement exprès de sa femme, les réparations utiles et même voluptuaires sur les paraphernaux, la femme, sans aucun doute, lui en devrait récompense.

C'est encore ce qui aurait lieu à propos des biens dotaux pour la conservation ou l'entretien desquels le mari aurait fait à ses frais des dépenses nécessaires ou simplement utiles. A ce point de vue, le mari est plus favorisé que l'acquéreur dépouillé de l'immeuble dotal par l'action en désistement. A ce dernier, la Coutume n'accorde que la restitution des impenses nécessaires, et Chabrol (1) nous en donne la raison : « Si la femme qui rentre dans
« son fonds dotal était obligée de rembourser les
« réparations utiles, elle pourroit se trouver hors
« d'état de les payer, et par conséquent, obligée de
« s'en tenir à la récompense... Cet acquéreur pour-
« roit même multiplier les réparations utiles, pour
« être plus assuré de se maintenir dans le fonds
« dotal ».

La femme, en revanche, aurait droit à une récompense de la part de son mari, si l'immeuble dotal avait subi, par la faute de celui-ci, une détérioration quelconque.

Telles sont les principales hypothèses dans lesquelles il y a règlement de compte, restitutions ou

(1) Chabrol, tome 2, page 237.

récompenses (car les trois mots se confondent dans la Coutume) entre les époux ou leurs héritiers. Telle est la dernière sanction que l'on constate au principe qu'un lignage ne doit point s'enrichir aux dépens d'un autre. Les donations de femme à mari étaient formellement interdites pendant le mariage; il aurait donc été parfaitement immoral, en sacrifiant la théorie des récompenses, de leur donner effet après la dissolution du lien conjugal. Les donations de mari à femme, par une exception étrange, étaient au contraire admises; mais précisément parce qu'elles constituaient une exception, on ne devait pas les étendre au-delà du cas où le mari les avait consenties expressément et en pleine connaissance de cause. Ici encore le principe des récompenses était nécessaire si on ne voulait pas réputer donation tout ce qui n'était de la part du mari que prêt ou avance d'argent.

Les retenues que le droit classique permettait au mari d'opérer dans l'exercice de l'*actio uxoriæ*, l'indemnité que Justinien lui a accordée à l'occasion de ses dépenses nécessaires sur le fonds dotal, ont été très certainement l'origine de notre théorie auvergnate des récompenses. Les cas de récompenses ont pu changer et s'étendre depuis l'Empire; notre Coutume a pu également enlever au mari le droit de rétention; mais le principe de l'interdiction des avantages entre époux n'a pas varié. Il s'est fortifié, au début du Moyen-âge, de l'idée féodale de la conservation des biens dans les familles. Et s'il a été assez puissant pour bouleverser, au xvi^e siècle, les règles admises en matière de communauté, il a dû également agir puissamment sur le régime dotal,

ayant été du reste très favorablement admis dans les pays de dotalité, puisqu'il n'y arrivait pas pour détruire, mais au contraire pour fortifier la doctrine existante.

CHAPITRE IV

Gains matrimoniaux

- I. Douaire conventionnel.
- II. Gains prévus par les Coutumes locales.
- III. Gagne Coutumière de la femme et du mari.

I

La gagne, que la Coutume donne de plein droit à l'époux survivant, est d'un taux très modique, et par là ne rappelle en rien les gains de survie assez considérables, connus dans Nord sous le nom de douaire, et dans le Midi sous celui d'augment de dot. L'Auvergne, d'ailleurs, ne connaît, comme institution générale coutumière, ni le douaire ni l'augment, dont on ne trouve les traces que dans les contrats de mariage ou dans les coutumes locales. Les rédacteurs, en négligeant le chapitre important des gains de survie, ont probablement voulu pousser les familles à rédiger un contrat de mariage où toute liberté de disposer à cause de mort leur serait donnée. Ils ont également entendu respecter les usages nombreux consignés dans les coutumes locales. La gagne générale coutumière a donc été reléguée au rang d'exception; et c'est dans les conventions matrimoniales rédigées par le notaire, dans les articles de ces coutumes locales qu'il faut tout d'abord

étudier ces gains de survie dont nous avons ailleurs cherché à déterminer la nature.

Il est certain que les parties jouissaient, dans le contrat de mariage, de la liberté la plus grande pour la fixation du taux de gains de survie. La Coutume, en effet, a toujours montré une grande faveur pour « le pacte de famille » ; elle y a autorisé, comme nous l'avons fréquemment remarqué, une foule de dispositions qu'elle défendait ou restreignait par ailleurs. Elle a donc laissé aux époux toute latitude pour l'établissement du douaire et de la gage du mari ; et tandis que, dans les pays du Nord, le taux du douaire légal ne peut jamais être supérieur au tiers ou à la moitié de ce que le mari avait en propriété pendant sa vie, tandis que le *quantum* du douaire conventionnel ne peut jamais dépasser la jouissance de la moitié des biens du mari, tandis qu'enfin l'augment de dot du Midi, tout en étant assez élevé (1), a pourtant un taux fixe, le douaire conventionnel auvergnat peut être bien supérieur à la constitution de dot et absorber même toute la fortune du mari, si celui-ci n'est pas mineur. De même, la femme majeure donne valablement dans le contrat de mariage des gains de survie très considérables à son mari. Voici, du reste, à titre d'exemple, une clause de gains de survie réciproques très importante, insérée dans un contrat de 1630 .

« ... Sera tenu ledit sieur d'A... de donner et fournir à lad. damoizelle espouze future : 1° pierre-

(1) Ainsi il était du double de la dot, à Bordeaux.

« ries, bagues et joyaulx jusqu'à la valleur de trois
« mille livres, lesquelles bagues et joyaulx lui tien-
« dront lieu de bien dotal et demeureront propres
« à elle et aux siens avec toutes autres dont elle
« mourra saizie en cas de survie auquel cas de sur-
« vie a été accordé que led. sieur d'A... futur es-
« poux gaignera sur les biens de sa future espouze
« pareille somme de trois mille livres à prendre sur
« le plus clair et liquide des biens, incontinent le
« cas advenu et de plus le sieur d'A... a accordé à
« ladite damoizelle sa future épouse pour dohaire
« et revenu annuel la somme de mille livres... etc. ».

II

A côté des gains de survie conventionnels, il faut signaler ceux que prévoient certaines petites coutumes locales, et qui, appelés tantôt gaigne, tantôt douaire, tantôt augment, lorsqu'ils s'appliquent à la femme, témoignent encore du souci qu'ont eu les rédacteurs de la Coutume générale, de laisser soit aux particuliers, soit à certaines régions, et leur liberté et leurs traditions dans une question aussi importante. Nous n'avons pas l'intention de relater ici tous les usages locaux concernant les gains de survie : qu'il nous suffise de mentionner les plus remarquables. A Aigueperse, la veuve prélève dans la succession maritale, outre la gagne générale coutumière dont nous allons bientôt fixer le taux, la moitié de la somme qui lui avait été constituée en dot. A Blot, la femme gagne un tiers de sa dot mobilière ou immobilière, et la réciproque est vraie

pour le mari survivant. La Coutume de Bulhon, près Maringues, accorde « à la femme, survivant, le choix de prendre sur tous les biens de feu son « mari, l'augment de sa dot qui est la moitié de « ladicte dot constituée... ou prendre la moitié des « biens-meubles de son mari à elle et les siens, et « l'usufruit de la moitié des immeubles. »

Quant au mari survivant, il gagne la moitié de la dot. A Gimeaux, près Riom, l'époux qui survit emporte la moitié de la dot.

Certaines Coutumes accordent à la veuve des droits plus particuliers. Tantôt, comme à Maringues, on lui donne « un chapel (1) d'argent à la « valeur du lit nuptial »; tantôt, comme à Marsat, on décide « que la veuve doit être entretenue « et alimentée sur les biens de son mari, durant l'an « du deuil. » Dans la Coutume de Montpensier, il y a un partage de jouissance très curieux qui s'opère entre la veuve et les héritiers du mari : la veuve prend l'usufruit de la moitié des biens du *de cujus*, mais elle doit faire part de la jouissance de la dot aux héritiers. A Cusset et à Ris, l'augment de dot de la femme est porté à la moitié; mais le trait le plus original de ces Coutumes, c'est qu'elles adoptent le régime de communauté, à peu

(1) Prohet a pensé que le « chapel », dont il y est parlé, étoit un ornement de tête; on pourroit l'induire de ce que la Coutume dit guirlande ou chapel, et la guirlande est un ornement de tête; néanmoins, ce peut être aussi un chapelet; mais on prétend que le mot de chapelet dérive de la ressemblance avec le chapel de rose: en effet, il est synonyme avec rosaire; et en italien, un chapelet se dit *corona*. — (Chabrol, tome 4, page 569).

près tel qu'il était organisé dans les pays proprement coutumiers. Il y a donc chez elles des dispositions qui règlent, outre la restitution de la dot et le taux du douaire, la liquidation de la société conjugale et la faculté qu'a la veuve de renoncer aux meubles du mari « pour demeurer quitte et décharger des dettes de sondict mari ». Cette adoption d'un régime qui n'est pas d'usage courant en Auvergne, peut s'expliquer par la proximité du Bourbonnais dont Ris et Cusset ont emprunté les usages, et par l'organisation des communautés taisibles si considérables au Nord et au Nord-Est de l'Auvergne, qui ont exercé, dans ces deux pays, sur les rapports pécuniaires entre époux, une influence ancienne et profonde; une anomalie est également à signaler dans ces Coutumes : par dérogation aux principes habituellement reçus en la matière, et à l'Edit des secondes nocés, elles avantagent la veuve qui se remarie : « Et (la femme survivant) aussi recouvre ses habillemens tels qu'ils seront trouvez au temps du trépas du mari, si n'est que la femme se remariât, auquel cas les héritiers du mari sont tenus l'habiller de semblables robes qui lui furent baillées en premières nopces » (1).

Sans aller plus loin dans la recherche des anciens usages locaux, de même que dans l'étude des clauses de gain de survie aussi nombreuses que variées que l'on rencontre dans les contrats de mariage, examinons rapidement les caractères généraux du

(1) Cout. locales, Cusset, art. 5, in fine.

douaire auvergnat et les garanties que la Coutume donnait à la femme pour les reprises de ses gains matrimoniaux.

Le douaire auvergnat se rapproche assez du douaire des pays du Nord auquel il a dû être emprunté avec la maxime *nullum testamentum*. Il est viager, entouré des mêmes modes de protection que la dot elle-même, mais il n'est généralement pas réversible aux enfants comme l'est l'augment de dot dans le Midi et le douaire germanique dans le Nord. La femme, pour la délivrance de son douaire, est donc protégée de la même façon que pour la restitution de sa dot. Cette assimilation du douaire à la dot est confirmée par la Coutume elle-même. L'article 148, placé d'ailleurs immédiatement après celui qui est relatif à la reprise de la dot : « Biens dotaux
« retournent à la femme... et en est ladicte femme,
« quant aux immeubles, saisis... sans autre appré-
« hension de faict », est conçu sensiblement dans
« les mêmes termes : « Aussi est ladicte femme sai-
« sie du douaire à elle constituée par son contrat
« de mariage, incontinent le cas de douaire
« advenu ».

Le douaire, comme la dot, a donc bénéficié de la création de l'hypothèque générale notariée qui a supplanté rapidement en Auvergne l'hypothèque légale de Justinien, et ainsi il a été protégé du jour du contrat de mariage et non plus seulement du jour du mariage. Mais il est certain également qu'il a souffert, comme la dot, de la disparition du *privilegium exigendi*, et que les créanciers du mari, sur le mobilier de ce dernier, priment la femme pour-

suivant le paiement de ses gains matrimoniaux, s'ils ont avant elle opéré la saisie.

Quant aux droits du mari survivant, il n'y a rien à en dire : en possession de la dot de sa femme, il peut facilement se payer de sa gagne, et prélèvement fait, il restitue le surplus de la dot aux héritiers de la défunte.

III

Lorsque les époux ne se sont pas mariés dans le ressort d'une Coutume locale fixant elle-même le taux des avantages matrimoniaux, ou bien lorsque leur contrat de mariage ne contient pas de clause de gains de survie, les articles 181 et 182 de la Coutume générale reçoivent leur application (1).

La veuve, dans cette hypothèse « recouvre et gagne sesdits lit, linge, robes et joyaux, en l'état qu'ils sont lors ». Du temps de Masuer, elle était bien plus favorisée puisqu'elle reprenait ces objets « *cum pejoramentis* », avec leur empirement ; c'est-à-dire que les héritiers du mari lui tenaient compte de l'usure de son trousseau depuis le jour du mariage. La Coutume a supprimé cette indemnité ; quelques usages locaux l'accordent pourtant encore à la femme.

(1) Mais encore une fois cette hypothèse est très rare, et ce qui en apparence devrait être la règle, du vœu même des rédacteurs devient l'exception.

Comme la veuve ne reprend guère que son propre bien et que le véritable gain pour elle n'est que dans les bagues et bijoux que le mari lui a constitués lors du contrat, elle n'est pas tenue des frais de funérailles du *de cuius*; bien plus, dans certaines régions, comme nous avons pu le constater, elle est entretenue et nourrie pendant l'an de deuil aux dépens de la succession Chabrol (1) fait, au sujet de la stipulation de bagues et bijoux une remarque qui a le double mérite de nous faire saisir le caractère gratuit de cette clause, et de souligner la différence qui existe, quant au mode de protection, entre le douaire ou gagne proprement dite, et les bagues et bijoux : « Bessian dit que de
« son temps, entre nobles, le mari donnoit pour
« bijoux autant que le père de la fille promettait
« en habits de nocces... les intérêts des bagues et
« bijoux ne sont adjugés à la femme que du jour
« de la demande, et ils ne courent pas sans inter-
« pellation, comme dans le cas de la dot... » Mais
voici où cesse la différence : « La femme devenue
« veuve a le même délai pour la répétition de ses
« bagues et bijoux, contre les héritiers de son
« mari, que pour la restitution de sa dot et de ses
« gains... »

Si le mari survit à sa femme, il gagne « les lits,
« robes, coffre, linge et bijoux de sadicte femme ».

Ici l'avantage est plus palpable que dans l'hypo-

(1) Chabrol, page 462, tome 2.

thèse précédente (1) : c'est tout le trousseau, tout le mobilier strictement à l'usage de la femme, que le mari garde en pleine propriété; et, de plus, il recouvre les bagues et bijoux qu'il avait constitués à sa femme par contrat. Il est donc juste qu'il supporte les frais funéraires de sa femme comme la Coutume lui en impose l'obligation (2). D'ailleurs, si cette condition lui paraît trop onéreuse et hors de proportion avec le bénéfice qu'il recueille, il peut renoncer à la gagne coutumière, en restituer le montant aux héritiers de la femme et se dégager de toute obligation, comme l'article 95 lui en donne clairement le droit.

(1) La raison en est toute simple si la gagne de la femme est si faible, c'est une conséquence de la règle que l'épouse peut être avantagée par son mari pendant le mariage. La femme n'a donc pas besoin que la Coutume protège ses intérêts à la dissolution de l'union conjugale : elle est suffisamment pourvue par la donation ou par le testament que le mari a fait en sa faveur.

Si au contraire, la Coutume accorde au mari une gagne plus considérable, c'est parce qu'elle empêche le mari de rien recevoir de sa femme, *durante matrimonio*. Comme celui-ci n'a pas l'espérance d'être légataire de la succession, il doit trouver dans un gain de survie légal une compensation assez sérieuse.

(2) Article 181, in fine : « à la charge de la (femme) « faire ensevelir et payer les funérailles, selon leur état et condition ».

CONCLUSION

Du sort du régime dotal en Auvergne à l'époque actuelle

Au moment où furent préparés et discutés les articles du Code civil, de nombreuses voix s'élevèrent pour défendre le régime dotal qui était, disait-on, entré complètement dans les mœurs de certaines régions, et qui y était en parfaite harmonie du reste avec l'organisation de la propriété et de la famille.

Nous n'avons pas à envisager à un point de vue général, et au regard de l'ensemble des pays de droit écrit, les conséquences du maintien du régime dotal dans le Code civil. Nous ne voulons résoudre qu'une question. Le régime dotal a-t-il gardé en Auvergne la place prépondérante qu'il occupait dans la Coutume ?

On peut dire, en thèse générale, que de 1804 à 1820, sur cent contrats de mariage, rédigés en Auvergne, 95 p. 100, contenaient soumission au régime dotal. Et ce régime dont les conséquences eussent été funestes, si les rédacteurs du contrat, comme ce n'était pas alors leur habitude, y avaient inséré une clause de constitution dotale absolument générale, ne donnait naissance qu'à des difficultés plus apparentes que réelles, puisqu'en fait les biens que la Coutume (grâce à la présomption de dotalité de l'article 146 portant sur tous les biens présents)

aurait réputés dotaux, étaient, grâce au Code civil, considérés comme paraphernaux.

De 1820 à 1830, les notaires, plus au courant des modifications apportées par le Code civil au régime dotal coutumier, ont commencé à faire une distinction entre les biens présents et à venir, et à en énumérer les biens présents spécialement constitués en dot.

L'année 1840 marque l'apogée du régime dotal en Auvergne. Depuis cette époque, il a subi un recul considérable; et on peut même dire que dans certaines régions, surtout dans les montagnes de l'Ouest, il n'est guère plus employé.

Dans les pays de plaine, notamment en plein cœur de la Limagne, il a dû, pour se maintenir, abandonner beaucoup de ses rigneurs premières.

La raison que l'on donne de son abandon dans les montagnes est d'ordre économique : Le Montagnard qui n'est occupé chez lui que durant la belle saison, émigre en hiver vers les grands centres où il fait très avantageusement le commerce. Installé chez lui, en camp volant, si l'on peut employer cette expression, il a moins d'attachement qu'un cultivateur pour son propre domaine. La maison familiale n'est plus, à ses yeux, l'immeuble sacré auquel on ne doit jamais toucher ; elle représente une valeur que son propriétaire s'empresse de réaliser, dès que le besoin pour lui s'en fait sentir. Car, il doit, pour trouver du crédit dans son commerce, pouvoir vendre, hypothéquer librement son bien ; et à ce point de vue, le régime dotal, interdisant à la femme de renoncer à son hypothèque légale sur les biens du mari, défendant également à celui-ci de

vendre la dot immobilière de sa femme, serait pour lui une lourde entrave.

Le maintien du régime dotal dans la plaine s'explique par la raison contraire. Le sol de la Limagne est riche, et, sauf dans ces dernières années où a sévi la crise du phylloxera, il paie le cultivateur au centuple de ses labeurs. L'émigration de la plaine est bien moins considérable que celle de la montagne, vers les villes; du moins elle n'est pas périodique. En Limagne donc, on naît cultivateur, on vit en travaillant la terre qu'on apprend vite à aimer telle qu'elle est, parce qu'elle est la résultante des labeurs des aïeux et qu'elle porte toutes les espérances des petits neveux.

Malgré tout, le régime dotal a subi, dans la plaine, plusieurs modifications dont la jurisprudence avait signalé l'urgence; faculté de vendre à charge de remploi en immeubles, ou en valeurs de tout repos, telles que rentes sur l'Etat, actions de la Banque de France, obligations du Crédit Foncier ou des Chemins de fer français; droit réservé à la femme de disposer de ses immeubles dotaux dans les cas prévus par les articles 1075 et suivants du Code civil, etc....

Il convient, avant de terminer, de faire, au point de vue de la pratique notariale, une remarque intéressante. De plus en plus les parties prennent l'habitude de consulter le notaire de la famille; de le faire juge de leur situation pécuniaire, et de suivre fidèlement ses avis pour l'adoption d'un régime. Les notaires, institués arbitres privés, ont répondu à la confiance de leurs clients en étudiant plus attentivement les répercussions du régime dotal sur la pro-

priété et la famille. Après un examen attentif ils ont pu poser les conclusions certaines, voici ce que dit à ce sujet un notaire de l'arrondissement d'Issoire dont nous taisons le nom : « Il n'est pas un
« praticien au courant de la jurisprudence, qui
« puisse hésiter plus longtemps devant la tendance
« de certains tribunaux qui conservent aux immeu-
« bles dotaux, même après la dissolution du ma-
« riage par la mort de la femme, le caractère dotal,
« et qui refusent aux créanciers de celle-ci le droit
« de poursuivre l'exécution de ses engagements sur
« des immeubles qui ont pu être dotaux, tant qu'a
« duré le mariage, mais qui ont cessé de l'être, le
« mariage étant dissout. Quoiqu'on puisse soutenir
« avec raison que les héritiers de la femme dotale
« tiennent leurs droits non du contrat qui a créé
« la dotalité, mais de la loi seule, certains tribu-
« naux persistent dans une jurisprudence bizarre
« contraire à tous les principes, et qui a pour effet
« de mettre indéfiniment hors du commerce des
« biens déclarés par elle inaliénables. .

« En résumé, pour nous qui avons jugé le régime
« dotal à ses œuvres, notre conviction intime est
« que la somme des inconvénients de ce régime est
« de beaucoup supérieure à celle de ses avantages.
« Ce qui surtout nous a toujours paru une anoma-
« lie bizarre sous ce régime, c'est qu'il laisse presque
« sans défense la dot mobilière de la femme à la
« disposition du mari.... et pourtant quel dévelop-
« pement la fortune mobilière n'a-t-elle pas acquis
« en France depuis la promulgation du Code ! »

Nos préférences vont au régime de la communauté réduite aux acquêts.

PIÈCES JUSTIFICATIVES

A tous présants et advenir qui ces présantes verront Paul Ardier, conseiller du roy en ses conseilz, son intendant et controlleur aux gabelles de France, garde du scel aux contraictz au ressort de la sénéchaussée d'Auvergne, sçavoir faisons que pardevant nostre âme et féal Jacques Tanoil, notaire tabellion royal, garde notte harditaire en la ville, comté et mandement de Brioude justice dudit.

Fut personnellement estably noble Anthoine d'Alègre faisant pour lui et les siens

D'une part

Et noble Anthoine d'Apchier senior, seigneur de lodrivia, bornoncle et autres six places et damoizelle Gabrielle du Coufour, et avec leur auctorité et congé et licence, damoizelle Louyze d'Apchier, leur fillie naturelle et légitime pour eux et les leurs

D'autre part

Lesquelles parties de leur bon gré et libérale volonté ont recognu et confessé que par le conseil et advis de plusieurs leurs parans et amis de part et d'autre a été traicté de faire et cellébrer mariage entre ledit noble Anthoine d'Alègre et ladite damoizelle Louyze d'Apchier lequel mariage lesdites parties ont respectivement promis de sollennizer en face de l'Eglise à la première réquisition l'un de

l'autre pour le support des charges duquel mariage et en faveur dicelluy led. noble Anthoine d'Apchier et lad. damoizelle Gabrielle du Confour père et mère de lad. future expouze luy ont constitué en dot....

Tous et chacun leurs biens meubles et immeubles en quoy qu'ils concistent et puissent concister soulz les rezerves cy apperes déclarées assavoir de la somme de trois mille livres pour tout droict, appanage légitime et autres droits quelconque que noble François d'Apchier leur fils pourrait avoir à prétendre sur leurs biens et succession a presant ou a ladevenir, plus à la somme de 2 mille liv. pour tout autre droit de légitime de l'enfant duquel lad. damoiselle du Coufour est à prezant enceinte et à pareille somme de deux mille livres pour chacun des autres enfans qui pourraient naistre de leur sus mariage pour tous droits de légitime et autres quelconques qu'ils pourraient avoir et prétendre sur les biens des susd. constituants dès maintenant au futurs soulz la réserve aussy de la nourriture et entretienement des susd. enfans jusqu'a leur majorité ou qu'ils trouveront leurs party en mariage auquel temps les sommes destinées pour leur apanage et légitime leur seront païées sans aucun intérêts du passé et le payement s'en faizant par ledit sieur Anthoine d'Alègre il demeurera subrogé aux droits et hypothèques de ses enfans comme aussy des créanciers dud. sieur d'Apchier et damoizelle du Coufour pour toutes les autres sommes qu'il paiera à leur descharge sans innovation, aucune hyppothèque et parce que la terre de Chabreugol a esté adju-

gée par décret de la sénéchaussée d'Auvergne au profit de noble Claude Fournier, conseiller en la sénéchaussée, qui depuis en a accordé le rachap au sieur de Lodierra par contract de transaction du vingt-cinq apvril mil six cent vingt-six à ces clauses particulièremant convenu qelon payait par led. sieur de Touchet aud. sieur Fournier la somme de treize mille sept cens livres pour le prix dudit rachap avec les interetz es chuz led. sieur de Touchet demeurera incommutablement subrogé à l'effet dud. rachap et dans tous les droitz desd. sieurs de Lodierra et Fournier, reserve aussi lad. damoiselle du Coufour sur l'université des susd. biens constitués la somme de mille livres pour en disposer ainsi que bon luy semblera.

A été convenu que dans le cas ou lesd. sieur d'Apchier et du Coufour ne pourraient compatir avec les sud. d'Alègre et d'Apchier, futurs mariés, led. sieur d'Alègre aud. non de mary et lad. damoiselle d'Apchier, futurs épouz, seront tenus de laisser annuellement aud. sieur d'Apchier et du Coufour constituants la somme de mille livres et cela pour pension viaigière pour leur entretienement et de leurs enfans, et leur laisser la jouissance de l'une des maisons comprises dans la..... de ladite constituante, telle que les constituants voudront. Lequel terme et pension viaigière sera seulement de la somme de cinq cents livres après le décès de ladite damoiselle du Coufour ledit sieur d'Apchier son mary survivant, et de sept cens livres pour ladite damoiselle survivant aud. sieur d'Apchier son mary et le tout estinguible par leur décès pour raison de laquelle pension les susd. constituants se sont re-

zerve hypothèque expresse sur lesd. biens constitués.

Convenu que sur lesdits biens constitués et en diminution diceulx sera prinse la somme de quinze cents livres pour lesdits gains nuptiaux de lad. damoizelle future expouze sera tenu ledit sieur d'Alègre de donner et fournir à lad. damoiselle son épouze future : 1° pierreries, bagues et joyaulx jusqu'à la valleur de trois mille livres, lesquelles bagues et joyaulx lui tiendront lieu de bien dotal et demeureront propres à elle et aux siens avec toutes autres dont elle mourra saizie en cas de survie auquel cas de survie a été accordé que led. sieur d'Alègre futur expoux gagnera sur les biens de son futur expoux pareille somme de trois mille livres à prendre sur le plus clair et liquide des biens, incontinent le cas advenu et de plus le sieur d'Alègre a accordé à ladite damoizelle, sa future épouze, pour dohaire et revenu annuel, la some de mille livres et ce tant et si longuement qu'elle demeurera en viduité soit qu'il y ait enfans ou non procréés de leur mariaige. Pour le cas où elle viendrait à convoller en siguondes nopces sera lesusdit douaire réduit à la somme de quatre cents livres, lequel douaire ainsy accordé sera mesuré pris, et payé sur les biens dudit futur expoux ou de l'instituant.

Ledit sieur d'Alègre sera tenu de randre les choses constituées soit à l'instituant, soit à lad. damoizelle Louize d'Apchier expouze future ou à quy lad. restitution appartiendra de droit à la charge de rembourser audit sieur d'Alègre les sommes qu'il se trouvera avoir payées en acquit, libération des susd.

constituants, libération et descharge à l'inventaire. Le cas de restitution arrivait, tant en principal que intérêts sans aucune protestation du jour des susdits payements et pour plus grande facillité dudit remboursement pourra led. sieur d'Alègre prendre cession sy bon luy samble des sus créanciers à quy les payements seront faictz jusqu'à auquel remboursement entier ledit sieur d'Alègre demeurera saisy et en pocession des susd. biens constitués aussy a été convenu qu'il sera fait inventaire familias incontinant après la consommation du futur mariage des meubles et bestiaux qui sont à présant dans les maison et chiaux a Lodierra, Chabreughol et autres domaines du susdict constituant de l'estat desquels chiaux et domaines et des réparations qu'il y conviendra faire en sera de même fait sommaire principalement à l'effet du remboursement des susdites réparations en cas de restitution de lad. dot de quelque nature que lesdites réparations soient utiles ou nécessaires, et à ce que tous les autres meubles et bestiaux qui ne se trouveront pas compris aud. inventaire demeurent propre aud. sieur d'Alègre futur expoux et aux siens.

Car ainsy lesd. parties l'ont vullu, et accordé et ont promis par serment sur les saintz Evangilles à Dieu leur main tendue, tenir le contenu aux présentes al ny contre venir à peyne l'un ou l'autre de payer tous despans, domaiges et intérestz a ce faire ont obligé respectivement leurs meubles et immeubles présants et advenir chacun en droict soit et renonçant à toutes exceptions tant de faict que de droit à la présente contraires et ont vullu pour.....
... d'icelle pouvoir être contraintz par la compul-

sion de Monsieur Le Seneschal d'Auvergne ou son lieutenant et par tous autres juges royaulx et ordinaire qu'il appartiendra. A quoi les parties se sont soulzmizes et soulzemettent. En témoignage de quoy nous Paul Ardier susdit, au rapport dudit notaire Aurel avons adjouxté et adjouxtons pleine foi, ainsi que le prouve ledit scel royal que nous avons fait mettre et aposer à sesdites présentes

Faict et passé au chasteau de Chabreughol, en présence de noble Annet Dumas, seigneur de Lodivia, demeurant en son chasteau de Lodivia, paroisse de Saint-Just; noble François de la Roguesenior, seigneur d'Azernière, demeurant en son chasteau d'Azernière, paroisse de Saint-Georges-d'Aurac, diocèse de Saint-Flour; honorable homme M. Anthoine Chalvon, chastellain dud. Chabreughol, habitant en la ville de Brioude; et noble Jacques de Lodiera, demeurant à présent à Chabreughol, qui ont signé avec les parties contractantes à la minute originale des présentes, le treizième jour de novembre mil six cent trente après midy, la minute est scellée et controllée led. jour.

Ces présentes expédiées auxdictz sieur de Lou-diera et du Coufour.

Signé : AUREL,

Notaire royal.

Aujourd'hui, vingt-trois janvier mil sept cent cinquante-neuf.

Par devant les notaire Royal et notaires soussignés, résidant à Cusset et Busset fut présent en sa personne Paul Prost, menuisier, demeurant en la paroisse de Ferrière, fils à Jean-Benoist Prost, vivant habitant de la paroisse d'Andelaroche, et de Louise Dupatit, habitant du même lieu et autorisé d'elle à l'effet des présentes suivant procuration du 18 janvier présent mois, etc....

Et Catherine Dachet, habitante de Bourg et paroisse de Busset, et sous son autorité, Magdeleine Michel, sa fille et à feu Michel Michel, vivant couvreur d'ardoises, habitant dudit Bourg et paroisse de Cusset, d'autre part, laquelle Michel, majeure de droit et de coutume, autorisée par ladite Dacher, sa mère, pour la validité des présentes.

Lesquels Prost futur et Magdeleine Michel aussi future, se sont promis de se prendre et épouser en vrai et loyal mariage à la première réquisition de l'un d'eux, sauf aucun empêchement canonique allons au contraire toutes les formalités de notre mère la sainte Eglise catholique, bien et dument observées. En faveur duquel mariage et pour supporter les charges de ledit sieur futur s'est constitué.

(Suit le détail des apports, une promesse d'égalité de la mère de la future).

Le présent mariage fait et accompli seront les futurs unis et communs en tous biens acquêts et conquêts immeubles présents et à venir. En cas de mort du futur, il sera loisible à ladite future de se tenir ou renoncer à ladite communauté, y renonçant elle

restera franc et quitte de toute dette quand même elle sy serait obligée toute sa constitution et tout ce que le futur aurait reçu d'elle ou à cause d'elle

(Suit un gain de survie).

Et pour le surplus des clauses dont il n'est fait mention au présent acte les parties les futurs ont déclaré vouloir se régir suivant la Coutume générale du Bourbonnais renonçant à tous autres car ainsi l'ont voulu.

Fait et passé à Busset, maison de ladite future et compagnie.

(Suit le nom des témoins honoraires et les signatures).

Signé :

Notaire.

ROSE BEAUVAIS

Notaire royal.

Contrôlé à Cusset, le 24 janvier 1759; reçu : 12 livres
ledit jour reçu 13 livres 4 sols

Signé : *illisiblement*

Par devant les notaires royaux soussignés résidant en la ville de Cusset, furent présents Maurice Dubatisse, majeur de droit et de coutume, fils de...

Et Marie Pottier, servante domestique, demeurant en la commune de Molles, fille majeure de droit et de coutume de.....

(Suit la clause d'intention de mariage et le détail des apports).

Seront les futurs unis et communs dans le présent mariage et pour tous les acquêts qui pourront se faire pendant le cours d'icelui. Sera néanmoins loisible à ladite future de renoncer à la communauté et y renonçant elle restera franc et quitte de toutes dettes sa constitution de dot et ses meubles.

Et pour le surplus de toutes autres clauses non expliquées dans le présent contrat les parties ont déclaré vouloir se régir suivant la Coutume du Bourbonnais. Car ainsi l'ont voulu.

Fait et passé à Cusset l'an 1759 et le 5 novembre après-midi, en l'étude de M^e Rose Beauvais, l'un des notaires royaux soussignés l'autre présent et compagnie.

Signé :

GRANET

Notaire royal

ROSE BEAUVAIS

Notaire royal.

Contrôlé à Cusset, le 7 novembre 1759 ; reçu 42 sols

Signé : ROSE BEAUVAIS

Vu :

par le Président de la thèse,

Paris, le 12 décembre 1907.

E. CHÉNON.

Vu :

Le Doyen,

LYON-CAEN.

Vu :

et permis d'imprimer.

Le Vice-Recteur,

de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS	X
Explication et délimitation du sujet	XIII
Plan.	XVI
INTRODUCTION HISTORIQUE.	1

PREMIÈRE SECTION

Des rapports personnels entre époux

I. — DE L'AUTORITÉ MARITALE.	37
I. Quel est son fondement.	37
II. Quelles sont ses limites.	39
II. — AUTORISATION MARITALE	43
I. Cas où elle est nécessaire.	43
II. Autorisation de justice, avis des parents	45
III. — CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE.	49
I. Emancipation	49
II. La femme marchande publique	52
III. La femme séparée.	55

2^{me} SECTION

Des rapports pécuniaires entre époux

I. — DU RÉGIME DOTAL AUVERGNAT	59
I. Régime à la fois légal et conventionnel	59
II. Son origine.	61
III. Sa nature	65
II. — DU CONTRAT DE MARIAGE	67
I. Son importance	67
II. Analyse de ses éléments constitutifs.	69

III. — ADMINISTRATION ET POUVOIRS DU MARI PENDANT LE	
MARIAGE	107
I. Paiement de la dot	107
II. Supplément de dot	115
III. Actes d'administration.	116
IV. Limite où ils deviennent actes de disposition. .	125
V. Actes de disposition interdits au mari en principe	126
IV. INTERVENTION DE LA FEMME.	129
I. Aliénation de la dot dans les cas prévus par la	
Coutume.	129
II. Aliénation suivie de remploi	133
III. La femme peut-elle s'obliger sur ses biens dotaux	
en renonçant à son hypothèque légale .	137
V. — ADMINISTRATION ET POUVOIRS DE LA FEMME SUR SES	
BIENS AVENTIFS ET PARAPHERNAUX. . . .	165
I. Entière capacité de la femme.	165
II. Influence du Velleien sur les actes de disposition	
de la femme	173

3^{me} SECTION**Liquidation des rapports entre époux**

I. — RESTITUTION DE LA DOT	187
I. Dans quels cas et comment elle s'opère.	187
II. Garanties de la femme	194
II. — OPTION DE LA FEMME EN CAS DE REMploi.	215
I. Action en désistement	215
II. Prescription du fonds dotal	223
III. — COURTE THÉORIE DES RÉCOMPENSES.	229
IV. — GAINS MATRIMONIAUX	237
I. Douaire conventionnel	237
II. Gains prévus par les Coutumes locales.	239
III. Gagne Coutumière de la femme et du mari . . .	243
CONCLUSION. — Du sort du régime dotal en Auvergne	
à l'époque actuelle.	247
PIÈCES JUSTIFICATIVES	250

